

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**O anonimato do dador de gâmetas e da gestante de
substituição e o direito a conhecer as origens: uma mudança
de paradigmas**

Rute Inês Gonçalves Cravo

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, com menção em Direito Civil

Lisboa, maio de 2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**O anonimato do dador de gâmetas e da gestante de
substituição e o direito a conhecer as origens: uma mudança
de paradigmas**

Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, com menção em
Direito Civil, apresentada à Faculdade Direito da Universidade de Lisboa
para obtenção do grau de Mestre, sob orientação da Senhora Professora
Doutora Maria Margarida Silva Pereira

Dedicatória

Ao meu “avozito”. Foste a primeira pessoa a celebrar comigo a conclusão da minha licenciatura, um dos momentos mais gratificantes da minha vida. Não há palavras para expressar o quanto queria que estivesses aqui para viver comigo mais um fecho de um ciclo... Mas porque depois de partirmos, continuamos a existir naqueles que deixamos para trás, dedico-te esta minha singela criação, pela pessoa que eras e continuas a ser.

Agradecimentos

À minha orientadora, a Professora Doutora Maria Margarida da Silva Pereira, por me ter despertado o gosto por este tema e pela ajuda em transformar as minhas ideias no trabalho que agora se apresenta.

À minha mãe, ao meu pai, ao meu irmão e à minha avó, as pessoas mais importantes da minha vida e que me fazem sempre ansiar por voltar a casa.

Aos amigos, os de sempre e que, de alguma forma, estão sempre presentes e também aos que chegaram no último ano, sem aviso prévio, e que tornaram a vida muito melhor.

Um agradecimento muito especial à Débora e à Tina, amigas de todas as horas e cujo apoio foi fundamental para concluir este trabalho.

Resumo

O presente trabalho tem como finalidade investigar o direito ao conhecimento das origens da pessoa gerada por procriação medicamente assistida, quando nesses processos participem doador(es) de gâmetas ou gestante de substituição. O direito a conhecer estes sujeitos tem ganho uma preponderância relativamente às soluções de segredo e anonimato que caracterizavam as técnicas de reprodução assistida. A questão ganhou, também, um novo relevo no ordenamento jurídico português, com o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, que julgou inconstitucional a regra do anonimato, constante do artigo 15.º, da Lei n.º 32/2016, de 26 de julho. Assim, pretende-se analisar em que medida e o porquê de se estar a assistir a uma verdadeira mudança de paradigmas nesta questão. Para responder a estas e outras indagações, debruça-se sobre o Direito Comparado, o Direito Constitucional e o Direito da Família.

Ora, o ponto de partida passa, necessariamente, por analisar as técnicas de procriação assistida como forma de contornar o problema da infertilidade e as principais opções legislativas nesse campo. Num segundo momento, explicita-se e densifica-se o direito ao conhecimento das origens, recorrendo ao direito internacional e a preceitos constitucionais constantes da CRP. De seguida, analisam-se os sistemas vigentes em vários ordenamentos jurídicos, no que toca à revelação da identidade dos dadores e das gestantes de substituição, concluindo-se que se tem passado de sistemas de anonimato para sistemas de revelação. Por fim, contrapõe-se o direito ao anonimato e o direito a aceder à identidade daqueles sujeitos, expondo-se um conjunto de razões que justificam que o direito da pessoa em conhecer a sua ascendência prevalece em relação a quaisquer outros direitos. Este foi, aliás, o entendimento do referido acórdão do Tribunal Constitucional, que será também objeto de análise, bem como as suas implicações práticas e imediatas, nomeadamente não acautelar a posição dos que doaram material genético sob o véu do anonimato, o que exigiu da Assembleia da República uma célere discussão no sentido de se definir um regime transitório.

Palavras-Chave: Procriação medicamente assistida heteróloga. Gestação de substituição. Anonimato. Direitos Fundamentais. Direito Comparado, Direito da Família.

Abstract

The present work aims to investigate the right of a person, generated by medically assisted procreation processes, to know one's origin, when these processes involve the participation of gametes donor's or surrogate mothers. The right to know these persons has gained a preponderance regarding the solutions of secrecy and anonymity that characterize the assisted reproduction techniques. Moreover, the issue gained a new prominence in the portuguese legal system, with the Constitutional Court Judgment n.º 225/2018, which ruled unconstitutional the rule of anonymity, contained in article 15 of Law no. 32/2016, of July 26. Thus, we intend to analyze to what extent and why we are witnessing a paradigm shift in this issue. In order to answer this and other questions, this investigation has focused on Comparative Law, Constitutional Law and Family Law.

The starting point of the investigation was the analysis of the techniques of assisted procreation, that are using to overcome infertility, and the main legislative options in this field. Secondly, in order to clarify and deepen the understanding of the right to know one's origins, we analyse some international law rules and constitutional precepts of the Constitution of the Portuguese Republic. Next, the enforced systems of several legal systems are analyzed, in what concerns the revealing the identity of the donors and the pregnant surrogate women, concluding that the paradigm has changed from systems of anonymity to systems of revelation. Finally, the right to anonymity and the right to access the identity of those subjects are countered through the analysis of a set of reasons justifying that the right of the person to know his or hers ancestry prevails over any other rights. This was, moreover, the understanding of the aforementioned judgment of the Constitutional Court, which will also be a subject of analysis, as well as its practical and immediate implications, in particular for failing to safeguard the anonymity of those who donated genetic material, which demanded a swift discussion on the Assembly of the Republic in order to define a transitional regime.

Keywords: Heterologous medically assisted procreation. Surrogate motherhood. Anonymity. Fundamental Rights. Comparative Law. Family Law.

Siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

ADN – Ácido desoxirribonucleico

APF – Associação para o Planeamento da Família

AR – Assembleia da República

(s). – Artigo(s)

BE – Bloco de Esquerda

BGB – Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch)

CDS-PP – CDS-Partido Popular

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Conferir

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

FIV – Fecundação in vitro

GIFT – Gamete Intra Fallopian Transfer (Transferência Intratubária de Gametas)

HFEA – Human Fertilization and Embriology Act (Reino Unido)

IA – Inseminação Artificial

LPMA – Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)

n.º(s) – Número(s)

op. cit. – opere citato (da obra citada)

PAN – Pessoas-Animais-Natureza

PMA – Procriação Medicamente Assistida

p(p). – Página(s)

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

s(s). – seguinte(s)

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

vol. – volume

ZIFT – Zygote Intra Fallopian Transfer (Transferência Intratubária de Zigotos)

Índice

Introdução.....	10
Capítulo I A infertilidade humana, as técnicas de procriação medicamente assistida e a sua regulamentação.....	15
1.1 A infertilidade humana	15
1.2. As técnicas de procriação medicamente assistida	17
1.3. A necessidade de regulamentação e as primeiras leis no âmbito da procriação medicamente assistida	21
1.4. A regulamentação da procriação medicamente assistida em Portugal	24
Capítulo II Direito ao conhecimento das origens	31
2.1. Reconhecimento do direito	31
2.2. Manifestações do direito.....	33
2.2.1. Na filiação e na adoção	33
2.2.2. Nas técnicas heterólogas e na gestação de substituição	35
2.2.2.1. O caso especial da gestação de substituição	35
2.3. Fundamento constitucional.....	38
2.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	38
2.3.2. Direito à identidade pessoal e à identidade genética	41
2.3.3. Direito à integridade pessoal	45
2.3.4. Direito ao desenvolvimento da personalidade.....	46
Capítulo III O anonimato dos dadores e da gestante.....	49
3.1. Notas prévias.....	49
3.2. Os vários modelos	50
3.3. A pluralidade de soluções	51
3.3.1. O caso excecional da Suécia	51
3.3.2. O sistema de anonimato de França e Espanha e o caso particular da Itália	53
3.3.3. Sistemas de não-anonimato.....	57
3.4. Solução legal portuguesa	65
Capítulo IV Uma mudança de paradigmas.....	70
4.1. Anonimato dos sujeitos <i>versus</i> revelação da identidade.....	70
4.2. A primazia do direito ao conhecimento das origens face ao anonimato.....	75
4.2.1. Interesses relacionados com a saúde.....	75
4.2.2. Formação plena de uma identidade própria	77
4.2.3. A nova compreensão dos modos de filiação e dos modelos familiares	78

4.2.4. Relações familiares estáveis e saudáveis	86
4.3. A mudança de posição do Tribunal Constitucional.....	87
4.3.1. O acórdão n.º 101/2009.....	87
4.3.2. O acórdão n.º 225/2018.....	89
4.4. A situação após a sentença do Tribunal Constitucional	94
4.4.1. Consequências práticas do Acórdão n.º 225/2018	94
4.4.2. A discussão legislativa	96
Reflexões finais	100
Referências Bibliográficas	103
Jurisprudência	110

Introdução

O progresso da Medicina e da Ciência é inexorável. Por isso mesmo, cada vez mais perplexidades e questões têm surgido, tanto a nível ético como jurídico, o que tem implicado reflexões e intensos debates¹. Foi neste sentido que surgiu a Bioética, assegurando a não subjugação dos valores intrínsecos ao Homem a uma liberdade científica implacável².

Foi também no ensejo de uma maior liberdade científica que surgiram novas técnicas que vieram controlar a forma de reprodução humana e de gerar vida, as denominadas técnicas de procriação medicamente assistida, incitadoras de uma verdadeira dissociação entre sexualidade e reprodução³.

Assim, as técnicas de procriação medicamente assistida vieram dar resposta aos anseios de milhares de casais que desejavam, e desejam, descendentes biológicos, sangue do seu sangue, sendo que tal não seria possível sem ajuda técnica especializada, em virtude de problemas relacionados com o elemento masculino do casal, do feminino, ou incompatibilidades entre ambos.

No entanto, este domínio pela ciência de um fenómeno tão íntimo e natural veio levantar muitos problemas, sendo a procriação medicamente assistida uma das áreas privilegiadas da Bioética. Alguns desses problemas, discutidos a nível mundial e sobre os quais é difícil chegar a um consenso, relacionam-se com a admissibilidade ou não admissibilidade de inseminação e fecundação *post mortem*; situações de

¹ “Os extraordinários avanços alcançados nas ciências da vida obrigam a nova reflexão no domínio da Ética e no domínio do Direito” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida e Direito. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*. Vol. I, Almedina, 1998, p. 646).

² “A chamada Bioética – também designada por Biomedicina, Biotecnologia e Biodireito – preocupa-se com todas as inovações técnicas do foro médico-científico e estuda, precisamente, as medidas que, a nível da tutela da personalidade humana e que em nome dos valores fundamentais que a regem, as devem normativar.” (Prefácio de Carlos Pamplona Corte-Real in DUARTE, Tiago. *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Coimbra, Almedina, 2003, p. 9)

³ “Havia um *nexo muito estreito entre sexualidade e reprodução*. A reprodução resultava sempre do relacionamento sexual; e o relacionamento sexual era regulado atendendo à sua potencialidade natural para ocasionar a reprodução. Este nexo foi abalado já há bastante tempo, no ponto de vista fáctico, no respeitante à aptidão causal da sexualidade para a reprodução, com a vulgarização de processos que impediam esta virtualidade da cópula. Mas a grande transformação que hoje se defronta deu-se quando a reprodução deixou de ter como antecedente necessário a sexualidade. Adquirem-se conhecimentos e desenvolvem-se técnicas capazes de levar à fertilização prescindindo do encontro sexual.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida..., *op. cit.*, p. 646)

espermatozoides, ovócitos e embriões excedentários, não utilizados, e do destino a dar aos mesmos; ou a possibilidade de se utilizar material genético ou embriões para investigação científica⁴.

No entanto, e apesar da total pertinência destas e de outras problemáticas, não versará sobre elas a presente investigação. Pretende-se, sim, analisar a procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas sexuais ou embriões doados por terceiros, os denominados processos heterólogos, e também as situações de gestação de substituição (em que uma mulher aceita gerar, no seu ventre, uma criança, para depois a entregar a outra mulher ou a um casal).

Apesar de uma inicial desconfiança perante os processos heterólogos, estes cedo viriam a ser aceites de forma generalizada nos vários ordenamentos jurídicos. Quanto à gestação de substituição, a aceitação da mesma é ainda um tema de difícil consenso, mas tem-se vindo a assistir a uma permissividade cada vez maior em diversos ordenamentos jurídicos.

Ora, os procedimentos referidos são o ponto de partida para o verdadeiro cerne deste trabalho: pretende-se analisar a problemática do anonimato dos dadores de material genético, nas situações de PMA heteróloga, e da gestante de substituição, nas situações de gestação de substituição, analisando a questão do ponto de vista do Direito Constitucional, do Direito da Família, do Direito Comparado e da Bioética, e analisando também, em detalhe, o direito ao conhecimento das origens, de que é titular a pessoa que nasce através de tais técnicas.

Em Portugal, a regulamentação das técnicas de procriação medicamente assistida surgiu a 26 de julho de 2006, com a Lei nº 32/2006 (Lei de Procriação Medicamente Assistida). Já nesta primeira versão do diploma, se permitiam as técnicas de PMA heteróloga, ou seja, com recurso a gâmetas sexuais doados, de forma subsidiária, nos termos do artigo 10º. Em 2016, com a alteração levada a cabo pela Lei nº 25/2016, de 22/06, veio-se regular o acesso à gestação de substituição, nos termos do artigo 8º.

⁴ Para uma abordagem relativa ao destino a dar aos embriões excedentários e à possibilidade de experimentação nos mesmos, vide **ARAÚJO, Fernando**. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra, Almedina, 1999, pp. 47-58.

O tema que se propõe a analisar é de extrema relevância face ao panorama atual no nosso ordenamento jurídico. O artigo 15º da Lei nº 32/2006 previa a regra do anonimato do dador de gâmetas sexuais e da gestante de substituição, estando em causa um anonimato mitigado, no caso específico da PMA heteróloga, e um anonimato absoluto, na gestação de substituição.

No entanto, por força do acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, de 24 de abril de 2018, a solução anteriormente referida veio a ser julgada inconstitucional, por violação dos direitos fundamentais à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (previstos no artigo 26.º, n.º 1, da CRP), de que é titular a criança nascida com recurso àquelas técnicas, tendo sido também analisado em detalhe o já referido direito ao conhecimento das origens. É também de apontar que este acórdão do TC, relativamente a esta questão, teve uma conclusão radicalmente oposta do acórdão do TC nº 101/2009, de 3 de março de 2009, que julgou constitucional o artigo 15.º.

Assim, conclui-se que houve uma mudança de paradigma no nosso ordenamento jurídico já que, numa questão de nove anos, a mesma instância jurisdicional decidiu em sentido oposto quanto a uma mesma questão. O Acórdão de 2018 levantou um conjunto de problemas práticos, ao não acautelar a posição dos anteriores doadores de gâmetas que praticaram esse ato sob o véu do anonimato e ao desconsiderar os embriões e gâmetas sexuais criopreservados e doados em regime de anonimato, pelo que uma intervenção legislativa adivinhava-se urgente. Respondendo aos apelos do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, das clínicas, e dos próprios casais afetados pela decisão jurisdicional, os vários partidos políticos apresentaram projetos de lei, que foram discutidos na Assembleia da República, tendo já sido aprovado o texto final do projeto de lei.

Por outro lado, esta mudança de paradigma relativamente ao anonimato destes sujeitos, tem acontecido em muitos outros países, com destaque para a Alemanha que, em julho de 2017, assistiu à promulgação de uma lei que tutela, expressamente, o direito ao conhecimento das origens pela pessoa nascida através deste tipo de técnicas.

Assim, a presente investigação está estruturada em quatro capítulos, cada um com um papel importante para concluir, por fim, que o direito ao conhecimento das origens é um direito essencial no âmbito das técnicas de reprodução humana, e que a nenhum

indivíduo gerado através delas se deve negar a possibilidade de conhecer a sua ascendência biológica.

No primeiro capítulo, aborda-se o problema intemporal da infertilidade humana e as suas principais causas, focando-se, de seguida, na descoberta e aprimoramento das técnicas de procriação medicamente assistida, expondo algumas definições e detalhes técnicos das mesmas. Foi sentida uma necessidade de regulamentação, pelo que se explica, como é que ela foi feita por órgãos internacionais e por alguns ordenamentos jurídicos europeus, com especial enfoque na questão da PMA heteróloga e da gestação de substituição. Por fim, explana-se como a questão da PMA foi abordada no ordenamento jurídico português, com a promulgação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, focando ainda nos artigos mais importantes desta lei, incluindo o artigo 15.º.

No segundo capítulo, analisa-se o direito ao conhecimento das origens biológicas/genéticas, tomando em conta alguns instrumentos jurídicos internacionais que, direta ou indiretamente, consagram este direito, enunciando de seguida em que áreas este se pode manifestar, visto que é um direito com várias refrações (entre as quais o direito a conhecer a ascendência biológica nos processos heterólogos ou com recurso a uma gestante de substituição). Analisa-se, por fim, os preceitos constitucionais que fundamentam esse direito: o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à identidade pessoal e sua relação com a consagração da defesa à identidade genética, o direito à integridade pessoal e o direito ao desenvolvimento da personalidade.

No terceiro capítulo, aborda-se a questão do anonimato dos dadores e da gestante de substituição, tendo em conta os vários modelos possíveis de anonimato e as opções legislativas de alguns ordenamentos jurídicos. A análise de Direito Comparado recai sobre países que, não obstante terem um regime de anonimato, têm apresentado uma evolução no sentido de uma maior abertura ao conhecimento e, por outro lado, sobre países que mudaram as suas leis, tutelando agora o direito ao conhecimento das origens. De seguida, faz-se uma análise da questão pelo prisma nacional, começando pelos antecedentes da Lei n.º 32/2006, ou seja, os pareceres do Conselho Nacional de ética para as Ciências da Vida e as propostas feitas no âmbito da Assembleia da República, até se chegar à referida Lei que, com o seu artigo 15.º, veio consagrar o anonimato dos dadores (e, posteriormente, da gestante de substituição).

Por fim, no quarto capítulo, abordam-se os pontos favoráveis e desfavoráveis do anonimato e a sua contraposição ao direito ao conhecimento das origens, numa tentativa de harmonização destes dois direitos ou de determinação de qual deve prevalecer e porquê. Hoje, mais do que nunca, entende-se que o anonimato dos dadores e da gestante deve sucumbir ao direito reconhecido a todos de saber a sua origem, independentemente da forma de conceção. Assim, serão apresentados vários fatores que terão contribuído para essa mudança de paradigmas. O TC, recetivo a eles, veio julgar inconstitucional a regra do anonimato, no referido Acórdão n.º 225/2018, mudando a sua posição relativamente a esse mesmo problema no espaço de nove anos. Assim, é também neste capítulo que se faz uma análise destes dois acórdãos e dos problemas de ordem prática que o mais recente acabou por criar, e que exigiram uma rápida intervenção legislativa da Assembleia da República, que será também analisada.

Capítulo I

A infertilidade humana, as técnicas de procriação medicamente assistida e a sua regulamentação

1.1 A infertilidade humana

Todo o ser vivo necessita de se reproduzir, para dar continuidade à espécie. A mesma necessidade acompanhou o ser humano desde os seus primórdios, mas mais que uma necessidade biológica, de continuar a sua prole, existe também uma expectativa da sociedade nesse sentido, indicadora de que qualquer ser humano só se completa enquanto tal quando dá continuidade à sua descendência⁵. Sendo certo que esta forma de pensar tem variado ao longo dos tempos e da sociedade a que nos referimos, pode-se afirmar, ainda assim, que esta crença permanece nas sociedades ocidentais modernas.

No entanto, nem todos os casais alcançam a desejada gravidez de forma espontânea: a infertilidade, definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pelo Comité Internacional para Monitorização da Tecnologia Reprodutiva Assistida (ICMART) como a “doença do sistema reprodutivo definida pela falha de se obter gravidez clínica após 12 meses ou mais de coito regular desprotegido”⁶, boicota esse primordial desejo de muitos casais.

Não existe consenso nas percentagens, no entanto, de acordo com a OMS, a infertilidade atinge 15 por cento dos casais em idade reprodutiva por todo o mundo⁷.

⁵ Cfr. **CORRÊA, Marilena C. D. Villela**. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. *Revista Bioética*, vol. 9, n.º 2, 2001, pp. 71-72. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246 (consultado a 15/05/2019)

⁶ **WORLD HEALTH ORGANIZATION**. *Consultation on the Place of in vitro Fertilization in Infertility Care, Summary Report*, EUR/ICP/MCH 122(s), Copenhagen, 1990, apud **CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA**. *Relatório-Parecer sobre a Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)*. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf (consultado a 15/05/2019).

⁷ Informação disponível em: <https://www.who.int/bulletin/volumes/88/12/10.011210.pdf?ua=1> (consultado a 15/05/2019).

Por força do patriarcado, característica inerente à maioria das famílias dos últimos séculos, sempre foi atribuída à mulher a responsabilidade pela incapacidade do casal em gerar filhos. Hoje, nas sociedades ocidentais modernas, em que a mulher se emancipou, esse foi um dos muitíssimos dogmas que foi desmistificado pela medicina, que permite agora estabelecer as causas para a grande maioria dos problemas de fertilidade, sendo de conhecimento geral que as causas de infertilidade tanto assolam os homens como as mulheres⁸.

Entre as causas de infertilidade masculina, é de apontar principalmente problemas de ereção ou ejaculação e problemas relacionados com a produção de espermatozoides, no que concerne à quantidade e/ou à qualidade do mesmo⁹.

Quanto à mulher, apontam-se sobretudo problemas estruturais no sistema reprodutor feminino, como fator tubo-peritoneal (lesão nas trompas de Falópio) ou endometriose (quando o tecido uterino se encontra fora do útero), dificuldades na ovulação, efeitos de medicação como anticoncepcionais ou antidepressivos, e também problemas causados por doenças sexualmente transmissíveis ou doenças crônicas, como diabetes ou problemas na tireóide¹⁰.

Por outro lado, a emancipação feminina poderá ter vindo a aumentar os casos de infertilidade, na medida em que as mulheres, que deixaram de ser vistas como as “fadas do lar”, assumem agora um papel determinante na sociedade para além do de ser mãe, enquanto estudantes e trabalhadoras. Para vencerem um certo estigma social que, inegavelmente, ainda existe, as mulheres necessitam de provar o seu valor no mundo do trabalho, e quando ganham alguma estabilidade profissional e financeira, a idade fértil, que dura até aos 35 anos e que é, portanto, inferior à dos homens, poderá já ter passado, levantando obstáculos quando o casal tenta ter um filho.

⁸ Como indica Rafael Vale e Reis, “ainda hoje é comum identificar a infertilidade como um problema da mulher, quando, na verdade, apenas um terço dos casos está ligado a problemas no elemento feminino do casal, sendo outro terço dos casos de infertilidade por causas desconhecidas e o último terço ligado a problemas no elemento masculino do casal.” (REIS, Rafael Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra Editora, 2008, p. 328).

⁹ *Ibidem*, p. 328.

¹⁰ *Ibidem*, p. 328.

1.2. As técnicas de procriação medicamente assistida

Ora, as tentativas de intervenção no processo reprodutivo humano não são recentes¹¹. No entanto, foi com o aprimoramento do conhecimento ao nível biológico e genético, no século XIX e XX, que realmente se começou a aplicar na reprodução humana as chamadas técnicas de procriação medicamente assistida, como forma de contornar esse intemporal problema da infertilidade humana.

Estes saltos científicos no campo da genética e da reprodução humana não passaram despercebidos à ciência jurídica, tendo trazido diversos problemas aos juristas e colocado vários paradigmas em causa. Desde logo, aquelas técnicas permitiram a dissociação da reprodução e da sexualidade¹², mas muitas outras perplexidades ao nível ético e jurídico surgiram conseqüentemente, como se verá.

A primeira inseminação artificial humana de cariz mais científico e levada a cabo com sucesso aconteceu na Faculdade de Medicina de Paris, em 1785, onde Thouret terá conseguido fecundar a sua mulher através de uma injeção intra-vaginal com o seu sémen. Tratou-se, portanto, de uma inseminação artificial homóloga, isto é, uma técnica de reprodução artificial humana realizada com recurso única e exclusivamente ao material genético do casal envolvido. Em contrapartida, a primeira inseminação artificial heteróloga, ou seja, com recurso a material genético de um terceiro, estranho ao casal, foi realizada em 1884 por Pancoast, nos Estados Unidos da América¹³. Graças ao sucesso desta inseminação artificial heteróloga, surgiram na década de 40 os primeiro Bancos de Sémen, no EUA. Já na Europa, isto só aconteceu na década de 60. Outro grande marco da reprodução assistida e que veio, sem dúvida, consolidar este fenómeno, foi a primeira *fertilização in vitro* realizada com sucesso, quando a 25 de julho de 1978 nasce em Inglaterra, Louise

¹¹ “Quanto à origem histórica (...) já se tornou um lugar comum na doutrina especializada a citação da Bíblia, mais precisamente do Antigo Testamento, onde se descreve não propriamente uma técnica de procriação assistida mas um caso de adultério consentido. Uma outra referência histórica clássica e inultrapassável é a que relata como sendo pioneira destas técnicas a inseminação feita, no século XV, à Rainha Joana de Portugal, com esperma de seu marido e Rei de Castela, Henrique IV, «o impotente»”. (DUARTE, Tiago. *In vitro veritas?: A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Coimbra, Almedina, 2003, p. 18).

¹² Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida..., *op. cit.*, p. 646.

¹³ Cfr. BLYTHE, Eric, FARAND, Abigail. Anonymity in donor-assisted conception and the UN Convention on the Rights of the Child. *The international journal of children's rights*, vol.12, n.º 2, 2004, p.89.

Brown, que ficou mundialmente conhecida como a “bebé proveta”. Apenas 9 anos depois se alcançaria igual feito em Portugal, a 25 de fevereiro de 1986.

A procriação medicamente assistida¹⁴ tornou-se, assim, uma realidade normal nas sociedades modernas como forma de lutar contra a infertilidade humana¹⁵. Faz sentido, assim, e com um intuito exclusivamente instrumental, sintetizar as técnicas de PMA mais comumente utilizadas e relevantes do ponto de vista jurídico. Para tal, ter-se-á em conta a esquematização feita pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida¹⁶, no Relatório-Parecer 3/CNE/93.

As técnicas mais importantes distinguem-se entre técnicas *in vivo* ou *in vitro*, dependendo de onde é realizada a fusão entre os gametas sexuais masculinos e femininos, se dentro ou fora do corpo da mulher. Assim, são técnicas *in vivo*, as seguintes: a inseminação artificial (IA), na qual se dá “a transferência mecânica de espermatozóides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino”¹⁷ e a transferência intratubária de gametas (GIFT), através da qual “os dois tipos de gametas (espermatozóides e ovócitos, previamente isolados) são transferidos para o interior das trompas uterinas de modo que só aí se dê a sua fusão”¹⁸. Por outro lado, são técnicas *in*

¹⁴ Definida por Castro Mendes e Teixeira de Sousa como o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do ato sexual. (MENDES, João de Castro e SOUSA, Miguel Teixeira de. *Direito da Família*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 235).

¹⁵ Como nota, no entanto, Rafael Vale e Reis, os problemas hormonais ocupam também um papel relevante entre as causas de infertilidade, problemas esses que podem ser, e são-no muitas vezes, combatidos através da administração de fármacos, as chamadas *fertility drugs*, que podem, só por si, permitir vencer a infertilidade, levando à desejada gravidez. No entanto, como também nota o autor, num elevado número de casos, a luta contra a infertilidade humana necessita obrigatoriamente da aplicação das técnicas de PMA. (REIS, Rafael Vale e. *O direito...*, *op. cit.*, pp. 328-330).

¹⁶ O CNECV foi criado em 1990, e funciona junto da AR desde 2009, sendo um órgão consultivo independente, que tem por missão analisar os problemas éticos suscitados pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida, através da elaboração de Pareceres e documentos de estudo, assegurando a participação do Conselho em grupos de trabalho, seminários, conferências e reuniões de âmbito nacional e internacional. Desde a sua criação que o CNECV tem elaborado diversos pareceres sobre a procriação medicamente assistida e os problemas que a mesma levanta, sendo tais pareceres de importância crucial no ordenamento jurídico português para a compreensão plena destes fenómenos no âmbito jurídico. O primeiro parecer relativo à matéria é o Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93. Para mais informações sobre o CNECV e as suas intervenções ao longo dos últimos anos, cfr.: <http://www.cneqv.pt/historial.php> (consultado a 15/05/2019).

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Relatório-Parecer do CNECV sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93)*. 1993, pág. 2, disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹⁸ *Ibidem*, p. 2.

vitro, a transferência intratubária de zigotos (ZIFT), por meio da qual “ambos os tipos de gâmetas são postos em contacto in vitro em condições apropriadas para a sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas”¹⁹ e a fertilização in vitro (FIV) seguida de transferência de embriões (FIVETE), na qual “o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados in vitro no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação. O embrião ou embriões resultantes (no estágio de 2 a 8 células) são então transferidos para o útero ou para as trompas”²⁰.

Independentemente do local onde a fecundação seja feita (dentro ou fora do organismo materno), poderão estar em causa dois tipos de processos diferentes, os processos homólogos e os processos heterólogos, consoante se esteja perante uma situação em que se recorra exclusivamente aos gâmetas sexuais do casal participante no procedimento ou, pelo contrário, por inviabilidade dos gâmetas sexuais de um dos elementos do casal ou de ambos, seja necessário recorrer-se a ovócitos e/ou espermatozoides de terceiros²¹.

Por fim, existe ainda a figura da gestação de substituição que, não sendo uma das técnicas mais habituais por conta de todas as problemáticas que levanta²², será também uma das figuras principais neste estudo. Assim, nos “casos em que a mulher não pode ou

¹⁹ *Ibidem*, p. 2.

²⁰ *Ibidem*, p. 2.

²¹ Os problemas levantados pelos processos heterólogos serão objeto de análise mais detalhada em momento posterior. Para já, é de referir uma questão de cariz meramente concetual, levantada por Rafael Vale e Reis, relacionada com a designação que se deve dar ao sujeito que fornece gâmetas sexuais para serem usadas em procedimentos heterólogos. Questiona o autor, “deverá designar-se por doador uma vez que intervém como parte num contrato de doação (atenta a normal gratuitidade do acto) celebrado com a entidade receptora do material biológico ou com os beneficiários? Deve antes designar-se por dador (sendo o acto de fornecimento designado por dádiva ou dação), por não ser possível enquadrar o fenómeno no âmbito de uma doação, dada a ausência de um verdadeiro animus donandi?” O autor considera que é uma questão que envolve uma axiologia própria, sendo da opinião que as expressões “dador” e “dádiva” são as mais adequadas. (**REIS, Rafael Vale e. O direito..., op. cit.**, p. 332).

Não se tomando posição relativamente a esta questão, ir-se-á usar, indiscriminadamente, qualquer uma das expressões, uma vez que a própria Lei n.º 32/2006, de 26 de julho não mostrou preferência quanto a uma das expressões (por exemplo, a epígrafe do artigo 10.º é “Doação de espermatozoides, ovócitos e embriões”, para depois, logo no corpo do artigo, se falar em “dádiva” e “dadores”, nos n.ºs 1 e 2, respetivamente).

²² É difícil chegar a um consenso relativamente a este processo, por conta de todos os problemas que levanta, havendo uma acesa discussão doutrinária contra e a favor da admissibilidade do instituto. Para uma síntese dos principais argumentos contra a gestação de substituição, vide **OLIVEIRA, Guilherme de. Mãe há só (uma) Duas!**. Coimbra Editora, 1992, pp. 22-42; **RAPOSO, Vera Lúcia. De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição**. Coimbra Editora, 2005, pp. 47-88.

não quer engravidar, existe a possibilidade de recorrer a «mães de substituição», as quais se comprometem a suportar a gravidez e, depois do parto, a entregar a criança ao casal”²³.

Vera Lúcia Raposo²⁴ sintetiza as várias modalidades de gestação de substituição podendo, então, estar-se perante uma das seguintes situações: (i) os gametas masculinos (espermatozoides) provêm do elemento masculino do casal contratante, mas o gametas femininos (óvulos) provêm da mãe de substituição, que depois procede à gestação do embrião; (ii) os espermatozoides provêm do elemento masculino do casal e os óvulos, por sua vez, de uma dadora, sendo depois a gestação levada a cabo por uma terceira mulher; (iii) o embrião é gerado *in vitro* com gametas do casal contratante, e depois transferido para uma outra mulher, que procede à sua gestação; (iv) os óvulos fecundados são do elemento feminino do casal, recorrendo-se agora ao espermato de um dador, sendo o embrião daí resultante transferido para uma outra mulher; (v) o embrião resulta da fecundação de um óvulo da mulher que procederá à gestação, com espermato de um dador; (vi) da fecundação de gametas provenientes de dadores resulta um embrião que é transferido para a mulher que o gera²⁵. Como a autora refere, “nestas duas últimas hipóteses, a inexistência de vínculo torna problemática a admissibilidade da maternidade de substituição, pois os filhos nem sequer transportam material genético do casal contratante”²⁶.

Como ficou explícito, também na gestação de substituição podemos estar perante um processo *in vivo* ou *in vitro*, consoante o local de fertilização, e também se diferenciam os processos homólogos e heterólogos, consoante os gametas sexuais utilizados sejam provenientes apenas do casal, ou provenientes, em parte ou na totalidade, de terceiros.

A verdade é que as técnicas de PMA, que foram pensadas para serem uma forma de contornar os problemas de infertilidade que assolavam os casais, começaram, paulatinamente, a serem usadas como forma de ultrapassar as impossibilidades de

²³ **CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA.** *Relatório-Parecer 3/CNE/93, op. cit.*, p. 2.

²⁴ A autora, na esteira de Guilherme de Oliveira, define a gestação de substituição como o acordo pelo qual uma mulher aceita gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente, entregá-lo a outra mulher, renunciando em favor desta a todos os direitos sobre a criança e renunciando a própria qualificação jurídica de «mãe». (RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe...*, op. cit., p. 13).

²⁵ *Ibidem*, p. 14.

²⁶ *Ibidem*, p. 14.

conceção por razões práticas, tendo começado a ser regulado o acesso destas técnicas a mulheres solteiras, casais homossexuais e pessoas com doenças genéticas que pretendem evitar a transmissão das mesmas²⁷.

1.3. A necessidade de regulamentação e as primeiras leis no âmbito da procriação medicamente assistida

Ainda antes de analisar algumas das opções legislativas que foram levadas a cabo quanto a estas matérias, importa reter que a própria necessidade de intervenção legislativa foi muito discutida em todo o mundo, sendo que vários autores defendiam uma liberdade total para a prática científica, sem necessidade de qualquer regulamentação, mas a corrente doutrinal maioritária apresentava-se favorável à intervenção legislativa, por forma a assegurar a segurança jurídica²⁸.

Em 1991, Guilherme de Oliveira mostrava-se a favor de uma intervenção legislativa, pois ao analisar as opiniões e argumentos de diversos autores que, a nível internacional, defendiam uma abstenção legislativa ou, por outro lado, uma intervenção legislativa, concluiu que:

“A reprodução humana assistida implica dimensões novas de conceitos básicos como os da integridade moral das pessoas, da dignidade do ser humano, da monogamia, da maternidade e da paternidade; e suscita novas interpretações das regras jurídicas tradicionais ou impõe regras novas. Assim, é matéria que se deixe à livre consciência dos indivíduos e da família, à deontologia dos médicos, a quaisquer outros ordenamentos intermédios, ou ao cuidado de comissões de reflexão. É matéria da responsabilidade do Estado; é questão de interesse público que reclama intervenção legislativa”²⁹.

²⁷ Cfr. **DEECH, Ruth**. The HFEA - 10 years on. *The regulation of assisted reproductive technology*. Ashgate Publishing Company, 2003, p. 27.

²⁸ Cfr. **SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta**. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)*. Coimbra Editora, 2011, pp. 9-10.

²⁹ **OLIVEIRA, Guilherme de**. Legislar sobre a procriação assistida”. *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro de 1991)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, pp. 84-85.

Dez anos antes, a 18 de setembro de 1981, o Conselho da Europa aprovara, através da Comissão da Assembleia Parlamentar, um relatório sobre a inseminação artificial humana, no qual se defendia a necessidade de regular juridicamente a PMA, afastando o princípio da omissão legislativa intencional³⁰. Assim, teve o CE um papel determinante a nível europeu para que os vários ordenamentos jurídicos comesçassem a legislar sobre estas matérias.

A 24 de setembro de 1986, esta organização internacional volta a pronunciar-se sobre o tema, através da Recomendação n.º 1046 sobre a utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, sugerindo aos Estados-Membros que definissem os termos a respeitar na aplicação das técnicas de PMA, o que promoveu bastante a feitura de legislação relativa à PMA³¹.

Assim, a década de 80 do século passado foi determinante, sendo que as primeiras legislações europeias são também desta altura. A Suécia foi um dos primeiros países, a nível mundial, a legislar sobre a matéria, através da *Act on Insemination*, de 20 de dezembro de 1985. A 22 de novembro de 1988 é publicada, em Espanha, a *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* (entretanto revogada pela *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*); em 1990, é promulgada no Reino Unido a *Human Fertilization and Embryology Act*, a primeira legislação especial sobre a PMA, mas é de notar que a gestação de substituição foi regulada em 1985, na *Surrogacy Arrangements Act*; na Alemanha, a *Embryonenschutzgesetz* (Lei de Proteção dos Embriões) foi também promulgada em 1990, no dia 13 de dezembro; já na França, a questão da PMA foi inicialmente tratada nas *Lois de Bioéthique*, de 1994.

Já foi frisado o caráter controverso da PMA, a nível ético e jurídico. Essa característica levou a uma ampla discussão sobre as opções a seguir nos pontos mais sensíveis, o que contribuiu para variadas soluções nos diferentes ordenamentos jurídicos. No entanto, é de notar que, relativamente aos pontos cruciais no âmbito desta

³⁰ Cfr. REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito..., op. cit.*, p. 344.

³¹ Cfr. SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta. *A lei da Procriação..., op. cit.*, p. 10.

investigação, houve uma certa conformidade legislativa. Analisemos, de uma forma sucinta, cada um desses pontos.

Em primeiro lugar, cumpre escrever algumas notas relativamente à PMA heteróloga. Como já foi referido, com o surgimento da possibilidade de levar a cabo processos com gâmetas de terceiros, várias vozes se insurgiram contra estas técnicas, com diferentes argumentações. A principal oposição prendia-se com a possibilidade de quebra da harmonia e da estabilidade familiar do casal perante a “intromissão” de um estranho, o dador, nesse meio³².

Apesar desta inicial desconfiança, a verdade é que a maioria das legislações, nos vários ordenamentos jurídicos, foram no sentido da aceitação destes métodos heterólogos, numa lógica de subsidiariedade relativamente aos processos homólogos³³.

Em segundo lugar, um dos embaraços causados, desde logo, pela procriação heteróloga, é a questão de saber se a identidade do dador deve ser mantida ou não no anonimato. Sendo este um dos temas cruciais desta investigação, será alvo de uma explanação muito mais desenvolvida nos capítulos seguintes. De qualquer das formas, cumpre desde já dizer que também quanto a este ponto em particular, as leis foram todas no mesmo sentido, estabelecendo a regra do anonimato dos dadores. Foi exceção a esta regra, logo nos primórdios do seu surgimento, a lei sueca.

Por fim, também a gestação de substituição foi proibida em todas as legislações referidas, com exceção da *Surrogacy Arrangements Act 1985*, do Reino Unido, que veio permitir a *surrogacy motherhood*, num contexto de gratuidade e mediante autorização judicial.

³² Cfr. ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida..., *op. cit.*, p. 649.

³³ Em alguns ordenamentos jurídicos, ainda subsiste a proibição deste tipo de procedimentos, como é o caso da Itália, por força do artigo 4.º, n.º 3, da Legge 19 febbraio 2004, n.º 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*). Noutros ordenamentos jurídicos, como na Alemanha e na Suíça, apenas a dação de gâmetas sexuais femininos é proibida.

1.4. A regulamentação da procriação medicamente assistida em Portugal

Por cá, apenas no século XXI surgiu um diploma legal disciplinador da PMA, à semelhança aliás, da Itália, que apenas em 2004 promulgou a *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Em Portugal, a Lei de Procriação Medicamente Assistida surgiu em 2006, sendo então a primeira regulamentação jurídica específica sobre a PMA. No entanto, antes desta lei, existiram várias contribuições e intervenções legislativas no sentido de formular uma lei suficientemente equilibrada e consensual.

Ora, a já referida Recomendação n.º 1046, do Parlamento Europeu, foi o mote para o desenvolvimento jurídico da PMA também em Portugal, pelo que nesse mesmo ano, em 1986, foi criada, pelo Despacho n.º 37/86 de 14 de abril, do Ministro da Justiça, a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, que apresentou um anteprojeto de lei relativo à utilização das técnicas de PMA. Neste, admitiam-se as técnicas heterólogas, mas negava-se a possibilidade de conhecer a identidade dos dadores de gâmetas. Por outro lado, negava-se, também, a admissibilidade da gestação de substituição. Ao nível da Assembleia da República, começou-se a discutir a PMA e a necessidade de regulamentação da mesma em 1997, mas apenas em 1999 foi aprovado um decreto regulador das técnicas de PMA (o decreto n.º 415/VII, aprovado a 17 de junho de 1999) e destinado a ser promulgado como lei mas que esbarrou com o veto do então Presidente da República, a 30 de julho de 1999, devido a soluções demasiado controversas.

Em 2005 volta-se a discutir a matéria na Assembleia da República, estando em cima da mesa quatro projetos de lei. Seguiu-se uma fase de debate e discussão dos projetos, da qual resultou, a 25 de maio de 2006, uma proposta de lei que, remetida ao Presidente da República, foi promulgada e publicada a 26 de julho de 2006, surgindo assim a atual Lei n.º 32/2006 que, nos termos do seu artigo 1.º, regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

Esta lei veio, subsequentemente, a ser alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4/9, pela Lei n.º 17/2016 de 20/06, que veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de PMA, pela Lei n.º 25/2016, de 22/6, que veio regular o acesso à gestação de substituição, pela Lei n.º 58/2017 de 28/10, que veio aditar um artigo relativo ao “Destino dos

espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico” e pela Lei n.º 49/2018, de 14/08.

Importa, agora, mencionar os pontos mais importantes desta lei. O artigo 2.º determina quais as técnicas reguladas pela lei³⁴, sendo de destacar o n.º 2, que determina, desde a terceira alteração feita à LPMA, que a lei se aplica também às situações de gestação de substituição.

Por outro lado, até à segunda alteração que se procedeu à LPMA, as técnicas de PMA tinham um carácter subsidiário, já que essas técnicas, nos termos do artigo 4.º, n.º2, que ainda está em vigor, só se poderiam usar mediante diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras, sendo que foi aditado o n.º 3, que afirma que as técnicas de PMA podem ser utilizadas por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Retira-se do artigo 6.º que os beneficiários das técnicas terão de ser maiores de idade, não podendo encontrar-se num estado de interdição ou inabilitação por anomalia psíquica, e terão de ser um casal heterossexual casados ou a viver em condições análogas às dos cônjuges. Por força das alterações levadas a cabo pela Lei n.º 17/2016, também os casais de mulheres, casadas ou em condições análogas às dos cônjuges, e todas as mulheres, independentemente do estado civil e da orientação sexual, podem recorrer a estas técnicas. Acaba por se fazer uma distinção entre casais homossexuais de homens e casais homossexuais de mulheres, já que estas últimas podem recorrer a estas técnicas, e os casais homossexuais masculinos, que ficariam com a hipótese de recorrer à gestação de substituição, veem essas opções rejeitadas, já que, nos termos do artigo 8.º, n.º2 “a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem”, pelo que se pode aqui colocar uma questão de violação do princípio da igualdade³⁵.

³⁴ As técnicas, nos termos do n.º 1, do artigo 2.º, são as seguintes: IA, FIV, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

³⁵ Neste sentido, afirmava Vera Lúcia Raposo, em 2005, que “tratando-se de um homem, desenha-se aqui um tratamento discriminatório face às mulheres não casadas que desejam ser mães. Pois a estas basta a

Destacando agora o artigo 8.º, este surge-nos com uma configuração completamente diferente, desde a alteração levada a cabo pela Lei n.º 25/2016. É de apontar que a própria nomenclatura do fenómeno não é inócua: na versão inicial da LPMA, esta figura, embora não permitida, aparecia no artigo 8.º referida como “Maternidade de substituição”, portanto, a mulher que levasse a cabo a gravidez seria uma “mãe de substituição”. Assim, apontava Vera Lúcia Raposo que

“A própria denominação deste fenómeno gera consternação. Pois a chamada «mãe de substituição» é, afinal, aquela que efectivamente dá à luz a criança – podendo ou não transmitir-lhe o seu material genético – o que, segundo o direito da família de muitos países, incluindo Portugal, lhe confere imediatamente (e muitas vezes, com entre nós, inderrogavelmente) o estatuto de mãe. Logo, se esta é a verdadeira mãe, quem esta ela a substituir?”³⁶.

No Parecer n.º 63 do CNECV, sobre Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição, elaborado a pedido da AR, por ocasião de dois projetos que estavam, à altura, a serem discutidos, faz também o CNECV menção à questão da terminologia:

“Considerando que: a) a semântica escolhida nunca é indiferente em Bioética; b) a expressão «maternidade de substituição», apesar de muito divulgada e de vir consagrada na nossa lei e nos dois projetos de lei em apreciação, pode ser indiciadora de equívocos e ambiguidades éticas e antropológicas, por supor como tacitamente aceite a fragmentação da maternidade biológica (genética e uterina), social e jurídica, o CNECV optou pela expressão gestação de substituição e gestante de substituição, que traduzem as realidades objetivas que medeiam o processo que pode decorrer entre a transferência/implantação uterina do embrião humano e eventual parto no fim da gravidez evolutiva”³⁷.

inseminação com espermatozóide do dador, procedimento que não carece sequer de intervenção legislativa. (...) Quando se trata de um homem, uma vez que este é incapaz de gerar uma criança, carece sempre da intervenção de uma mulher que leve a gravidez a termo. De certa forma, a proibição da maternidade de substituição acaba por redundar num tratamento diferenciado dos homens que pretendem ser pais solteiros e dos casais homossexuais masculinos face às mulheres que desejam ser mães solteiras e aos casais homossexuais femininos. (RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe...*, op. cit., pp. 17-18).

³⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe...*, op. cit., p. 10.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Disponível em:

Com as alterações produzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, seguiu-se o entendimento perfilhado pelo CNECV relativamente à nomenclatura, tendo o atual artigo 8.º como epígrafe “*Gestação de substituição*”, para além de se ter substituído todas as referências a “maternidade de substituição” e “mãe de substituição”, por “gestação de substituição” e “gestante de substituição”.

A propósito desta alteração, afirma Maria Margarida Pereira que

“A diferença indicia por si a diversidade dos enquadramentos jurídicos. Ao passo que a primeira versão do art.º 8.º proibia a maternidade de substituição, a nova lei considera que há situações em que as figuras da gestante e da mãe se diferenciam. Do que se trata, é de tornar claro que mãe é tão-só a mulher que virá a constar do registo de maternidade da criança (mãe jurídica). A mulher que gera e dá à luz é meramente gestante”³⁸.

Assim, muito embora o conceito de maternidade/gestação de substituição se tenha mantido igual, sendo “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”³⁹, desapareceu o articulado declarando serem nulos “os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição”, e que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”, para dar lugar a um conjunto números com as condições de admissibilidade da celebração do negócio jurídico de gestação de substituição: são permitidos a título excecional (nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem) e com natureza gratuita n.º 2), com exceção das despesas relacionadas com o acompanhamento médico (n.º 5), tendo de ser realizada através de uma técnica de PMA, com recurso aos gâmetas de pelo menos um membro do casal, não podendo a gestante de substituição ser dadora dos seus ovócitos para a gestação de substituição que realiza (n.º 3). Por fim, a criança nascida da

<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf> (consultado a 15/05/2019).

³⁸ **PEREIRA, Maria Margarida Silva.** Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição”. *Julgar Online*, janeiro de 2017, p. 12. Disponível em: <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/> (consultado a 15/05/2019).

³⁹ Artigo 8.º, n.º 1 da LPMA.

gestação de substituição é tida como filha dos beneficiários (n.º 7)⁴⁰. Além destes requisitos, o CNECV acompanha todo o processo, sendo a entidade que autoriza, previamente, a celebração desse negócio jurídico (n.º 4).

O artigo 10.º, n.º 1 permite as técnicas de PMA com gâmetas sexuais doados, ou seja, permite a PMA heteróloga, subsidiariamente, o que é reafirmado no 19.º, n.º 1. No n.º 2 do artigo 10.º, enuncia-se que os dadores não podem ser tidos como progenitores da criança que vai nascer, entendimento também previsto no artigo 21.º. Assim, e nos termos do 20.º, n.º 1, que se refere ao caso particular da inseminação artificial, a criança nascida é havida como filha daquele(a) casado(a) ou que viva em união de facto com a beneficiária, desde que tenha havido consentimento da inseminação.

O artigo 14.º trata do consentimento, consagrando no n.º 4 o princípio da livre revogabilidade do consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA e consagrando-se, no número seguinte, que os artigos relativos ao consentimento são também aplicáveis à gestação de substituição.

Quanto ao artigo 15.º, um dos mais importantes para o tema que se pretende aprofundar, este consagra a regra do anonimato do doador de gâmetas e, desde a alteração levada a cabo pela Lei n.º 25/2016, da gestante de substituição, sendo que impende sobre todos os que tomarem conhecimento dos recursos a tais técnicas a obrigação de manter o sigilo sobre a identidade dos intervenientes e sobre o ato da PMA (n.º 1), não podendo o

⁴⁰ O artigo foi aplaudido por alguma doutrina portuguesa, e olhado com desconfiança por outra parte. Muitos autores, embora totalmente a favor da gestação de substituição, encararam com alguma relutância os moldes em que ela foi preconizada pela Lei n.º 25/2016, entendendo que deveria ter havido um debate mais alargado das iniciativas legislativas apresentadas na AR a este propósito. Os receios e críticas relacionavam-se, sobretudo, com a imputação da parentalidade ao casal beneficiário, sem que se acautele à gestante um direito a abdicar da maternidade após o parto; o anonimato obrigatório da gestante, à semelhança do que acontecia, também, relativamente aos dadores de gâmetas na PMA heteróloga, com a agravante de as exceções feitas ao princípio do anonimato nos processos heterólogos não valerem para a gestação de substituição; o silêncio da lei em alguns pontos sensíveis, remetendo para acordo entre as partes a regulação de questões como o destino a dar a crianças “não queridas”, em caso, por exemplo, de nascimento com deficiência ou nascimento de mais que uma criança. Para uma análise mais detalhada destas e de outras questões relativas às soluções preconizadas pela Lei n.º 25/2016, vide **PEREIRA, Maria Margarida Silva**, *Uma gestação...*, op. cit., p. 12.; **PEREIRA, Maria Margarida Silva**, Gerar uma criança para outros: do ghetto e do gineceu à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 4, n.º 3, 2018, pp. 1591-1609 Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/4a444d713416/> (consultado a 15/05/2019); **RAPOSO, Vera Lúcia**, Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). *Revista do Ministério Público*, ano 38, n.º 149, Lisboa, 2017, pp. 9-51.

A verdade é que, menos de dois anos depois da promulgação da Lei n.º 25/2016, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais, com força obrigatória geral, as normas referentes à gestação de substituição, com fundamento em algumas das críticas referidas anteriormente. Este acórdão será, sobre esta e outras matérias, objeto de análise detalhada no Capítulo IV.

assento de nascimento conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação das técnicas de PMA (n.º 5). Por outro lado, ressalva-se nos n.ºs 2 e 3 que as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a gâmetas ou embriões, podem obter informações de natureza genética que lhe digam respeito ou pedir informações relativamente a um eventual impedimento legal a um projetado casamento, mantendo-se sempre a confidencialidade da identidade do dador, exceto, no caso do n.º 3, se o dador expressamente permitir a revelação da sua identidade. Além do mais, o n.º 4 consubstancia uma verdadeira exceção à regra do anonimato, já que afirma poderem ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Um aspeto que desde logo salta à vista é que as referidas exceções dos n.ºs 3, 4 e 5, não valem quanto às situações de gestação de substituição, pois apenas se confere proteção, nesses artigos, aos dadores, não existindo qualquer possibilidade de a criança nascida por esse meio vir a ter acesso a informação sobre a gestante⁴¹. Por outro lado, também se põe em causa como se deve interpretar e preencher o conceito de “razões ponderosas”, presente no número 4. Este artigo 15.º, que segue uma longa tradição de anonimato do dador de material genético, agravado ainda pelo anonimato absoluto quanto à gestante de substituição, foi objeto de análise do TC, que julgou inconstitucionais os n.ºs 1 e 4, inviabilizando qualquer tratamento com recurso aos gâmetas de terceiros ou a gestante de substituição.

Os artigos 22.º e 26.º vêm proibir, respetivamente, a inseminação e fecundação *post mortem* admitindo-se, porém, “a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental que tenha sido claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai”⁴².

Existem limites ao número de ovócitos a inseminar e transferir, como resulta do artigo 24.º, tentando-se assim reduzir o número de embriões excendentes. Quando estes existam, aplica-se o artigo 25.º.

Alguns destes artigos, como já foi referido, foram apreciados pelo TC e julgados inconstitucionais por força do Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018. Isto será

⁴¹ No mesmo sentido, **Raposo, Vera Lúcia**. Tudo aquilo..., *op. cit.*, p. 45.

⁴² Artigo 22.º, n.º 3, da LPMA.

objeto de análise detalhada no capítulo IV, mas para já importa referir que o TC veio declarar inconstitucionais, com força obrigatória geral, as normas dos números 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12 do artigo 8º, inviabilizando assim quaisquer processos de gestação de substituição, e das normas dos números 1 e 4 do artigo 15º, impossibilitando a continuidade dos tratamentos com recurso aos gâmetas doados.

Capítulo II

Direito ao conhecimento das origens

2.1. Reconhecimento do direito

Todo o ser humano o é com duas distintas dimensões: é, por um lado, um ser social, um ser sempre em relação com os outros, em comunidade e sociedade, que nasce, cresce, realiza-se através da relação com o outro; por outro lado, todo o ser humano tem também inerente uma dimensão individual, e é enquanto ser individual e singular em relação aos demais, que detém liberdade, autonomia, consciência e dignidade própria.

Neste sentido, afirma Rafael Vale e Reis que “o ser-indivíduo precisa, pois, que lhe sejam facultadas as condições que lhe permitam mensurar as suas próprias referências, isto é, carece de auto-conhecimento”⁴³, sendo que o conhecimento da identidade dos progenitores é um dos fatores mais importantes para esse processo de autoconhecimento, de construção da individualidade.

Foi neste sentido que um interesse pelo conhecimento das origens biológicas começou a crescer e a manifestar-se em diversas situações, ampliado ainda mais pelas possibilidades que a ciência genética trouxe.

Assim, a preocupação com esta temática fez surgir recomendações e diplomas de órgãos internacionais, jurisprudência internacional e nacional e um extenso rol de doutrina, na tentativa de densificar esse direito.

Procedamos, então, a uma breve referência aos principais diplomas de direito internacional que referem, direta ou indiretamente, este direito. Em primeiro lugar, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950⁴⁴, afirma, no seu artigo 8.º, n.º 1, que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. O ponto importante relaciona-se com a menção ao respeito pela vida privada e familiar, na medida em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em diversos acórdãos, tem depreendido da tutela da vida

⁴³ REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito..., op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ A CEDH foi aprovada e ratificada pelo ordenamento jurídico português em 1978, e publicada pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

privada e familiar um direito à identidade pessoal e desenvolvimento da personalidade, dimensões que podem fundamentar a existência do direito ao conhecimento das origens genéticas e biológicas⁴⁵: existem vários acórdãos relativos a crianças adotadas ou sob tutela da administração pública (a título de exemplo, “Affaire Gaskin c. Royaume-Uni”⁴⁶, “Affaire Odièvre c. France”⁴⁷) ou relacionados com as ações de investigação da paternidade, quando existem limitações a essas ações nas leis nacionais (por exemplo, Affaire Jäggi c. Suisse⁴⁸ e Affaire Backlund c. Finland⁴⁹), nos quais o TEDH tem concluído pela existência de um direito ao conhecimento da ascendência.

Por outro lado, a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas⁵⁰ reconhece, no artigo 7.º, que todas as crianças têm, “sempre que possível, o direito a conhecer os seus pais”, tendo os Estados partes a obrigação da “realização destes direitos de harmonia com a legislação nacional e as obrigações decorrentes dos instrumentos jurídicos internacionais relevantes neste domínio”. O artigo 8.º também é bastante pertinente, na medida em que gera a obrigação para os Estados de “respeitar o direito da criança e a preservar a sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal”, sendo que “no caso de uma criança ser ilegalmente privada de todos os elementos constitutivos da sua identidade ou de alguns deles, os Estados Partes devem assegurar-lhe assistência e protecção adequadas, de forma que a sua identidade seja restabelecida o mais rapidamente possível”.

⁴⁵ Cfr. **HERNANDEZ, Francisco Rivero**. La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico: de la S.T.C. 116/1999, de 17 de Junio, al affaire Odièvre. *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.º 2, março-abril de 2004, pp. 339-340.

⁴⁶ **TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**. *Affaire Gaskin c. Royaume-Uni*, de 7 de julho de 1989. Disponível em: www.hudoc.echr.coe.int (consultado a 15/05/2019).

⁴⁷ **TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**. *Affaire Odièvre c. France*, de 13 de fevereiro de 2003. Disponível em: www.hudoc.echr.coe.int (consultado a 15/05/2019). Para uma enunciação e valoração crítica deste acórdão, vide **HERNANDEZ, Francisco Rivero**. La constitucionalidade..., *op. cit.*, pp. 354-359.

⁴⁸ **TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**. *Affaire Jäggi c. Suisse*, de 13 de julho de 2006. Disponível em: www.hudoc.echr.coe.int (consultado a 15/05/2019).

⁴⁹ **TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM**. *Affaire Backlund c. Finland*, de 6 de julho de 2010. Disponível em: www.hudoc.echr.coe.int (consultado a 15/05/2019).

⁵⁰ Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas a 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal no dia 21 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf (consultada a 15/05/2019).

Por outro lado, e referindo-se especificamente à questão da adoção internacional, temos a Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de Maio de 1993⁵¹, que no seu artigo 30.º, n.º1 afirma que “as autoridades competentes de um Estado devem assegurar a protecção das informações que detenham sobre a origem da criança, em particular informações relativas à identidade dos seus pais, assim como a história clínica da criança e da sua família” e, no n.º 2, que “estas autoridades assegurarão o acesso da criança ou do seu representante legal, mediante orientação adequada, a estas informações, na medida em tal seja permitido pela lei desse Estado”.

2.2. Manifestações do direito

Como ficou perceptível, o direito ao conhecimento das origens genéticas ou biológicas pode refletir-se em várias dimensões. Rafael Vale e Reis fala numa “multiplicidade de planos ou refrações”⁵², enunciando e desenvolvendo cada um desses planos. Será com recurso à esquematização feita pelo autor que iremos desenvolver alguns desses aspetos.

2.2.1. Na filiação e na adoção

A primeira refração diz respeito ao direito ao conhecimento das origens em correlação com a filiação, sob três pontos de vista. Em primeiro lugar, o direito do filho a investigar a maternidade e a paternidade, e até que ponto os prazos de caducidade são compatíveis com o direito em análise⁵³. Em segundo lugar, o direito de impugnar vínculos

⁵¹ A Convenção foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 8/2003, de 25/02, tendo sido ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 6/2003, de 25/02 e finalmente entrou em vigor em Portugal a 1 de Julho de 2004. A Convenção encontra-se disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_protecao_crianca_s_coop_mat_adopcao_internacional_1993.pdf (consultada a 15/05/2019).

⁵² **REIS, Rafael Luís Vale e.** *O direito...*, *op. cit.*, pp. 108.

⁵³ Esta questão já foi, inclusive, objeto de análise pelo TC, no Acórdão n.º 23/2006, de 10 de janeiro de 2006, em que se avaliou a constitucionalidade do prazo máximo de dois anos após a maioridade para propor a ação de investigação de paternidade, face ao direito ao conhecimento da ascendência biológica. Defendeu-se, nesse acórdão, que deve haver uma ponderação entre os valores fundamentais em causa, e que, no ordenamento jurídico português, “pelo menos no actual contexto, tal regime passou a traduzir uma apreciação manifestamente incorrecta dos interesses ou valores em presença, em particular, quanto à

jurídicos de maternidade e paternidade que não correspondam à verdade biológica. Por fim, a análise de situações em que exista a possibilidade de disposição do estatuto jurídico de pai e mãe, e sua coadunação com o direito a conhecer as origens. Esta última questão, é de notar, não se coloca no nosso ordenamento jurídico, mas é de referir o exemplo paradigmático da França, em que existe a figura do “parto anónimo”⁵⁴.

Por outro lado, o direito ao conhecimento das origens também tem como manifestação o direito do adotado a conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos, sendo esta, aliás, a dimensão clássica daquele direito, já que foi a partir da adoção e do direito do adotado a conhecer os progenitores que se fez a construção teórica do direito a conhecer as origens, a partir de doutrina e jurisprudência, internacional e nacional⁵⁵. Relativamente a este ponto, consagra-se, na maioria dos ordenamentos jurídicos, a possibilidade do adotado em conhecer a identidade dos progenitores biológicos. Também no ordenamento jurídico português se verificou esta tendência, a partir de certo momento: o artigo 1990.º-A do Código Civil, introduzido pela Lei n.º143/2015, de 8 de setembro, estipula que “às pessoas adotadas é garantido o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção”. A mesma lei veio também aprovar o Regime Jurídico do Processo de Adoção, que no seu artigo 6.º, com epígrafe “Acesso ao conhecimento das origens”, determina, no n.º1, que compete aos organismos de segurança social, mediante solicitação expressa do adotado, com idade igual ou superior a 16 anos, o dever de prestar informação, aconselhamento e apoio técnico no acesso ao conhecimento das suas origens. Mais nenhuma condição é exigida ao adotado, como ter de apresentar motivos para o

intensidade e à natureza das consequências que esse regime tem para cada um destes: não só os prejuízos, designadamente não patrimoniais, que advêm *da perda, aos vinte anos de idade, do direito a saber quem é o pai*, se apresentam *claramente desproporcionados* em relação às desvantagens eventualmente resultantes, para o investigado e sua família, da acção de investigação (quer esta proceda – caso em que só será mais evidente a falta de justificação para invocar estes interesses –, quer não), como são possíveis, como se disse, *alternativas*, quer ligando o direito de investigar às reais e concretas possibilidades investigatórias do pretendo filho, sem total imprescritibilidade da acção (por exemplo, prevendo um *dies a quo* que não ignore o conhecimento ou a cognoscibilidade das circunstâncias que fundamentam a acção), quer para obstar a situações excepcionais, em que, considerando o contexto social e relacional do investigador, a invocação de um vínculo exclusivamente biológico possa ser abusiva, não sendo de excluir, evidentemente, o tratamento destes casos-limite com um adequado “remédio” excepcional”.
Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060023.html> (consultado a 15/05/2019).

⁵⁴ Para uma análise mais detalhada relativamente ao direito ao conhecimento das origens no regime jurídico da filiação, vide **REIS, Rafael Luís Vale e. O direito..., op. cit.**, pp. 143-266.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 115.

levantamento do segredo relativamente aos pais biológicos, como acontece em outros ordenamentos jurídicos.

2.2.2. Nas técnicas heterólogas e na gestação de substituição

É ainda de referir como uma das manifestações do direito a conhecer as origens, o direito da pessoa gerada por processos de PMA de conhecer a identidade dos dadores de material genético e da gestante de substituição, nos processos heterólogos ou na gestação de substituição, respetivamente. Este é, como já ficou claro, o núcleo duro da investigação que se está a levar a cabo, e que será objeto de um estudo mais aprofundado nos capítulos seguintes.

Pode-se, no entanto, levantar o véu e afirmar que, se nas outras refrações, as matérias estão relativamente consolidadas, a verdade é que neste ponto, em que estão envolvidos novos fenómenos viabilizados pelos avanços da medicina e da ciência, a doutrina e jurisprudência ainda não encontram consenso. O direito ao conhecimento das origens tem sido, assim, objeto de um maior estudo e densificação, no que agora diz respeito às técnicas de PMA. Aliás, estes fenómenos permitiram novas perspetivas do direito, na medida em que “a procriação medicamente assistida, contribuiu decisivamente para a separação entre o direito a conhecer a identidade dos progenitores e o direito aos vínculos”⁵⁶, isto é, permitiu distinguir o direito a conhecer a identidade daqueles que contribuíram para o nascimento da pessoa, ao direito a estabelecer os correspondentes vínculos biológicos.

2.2.2.1. O caso especial da gestação de substituição

Importa ainda deixar claro que o direito ao conhecimento das origens vale indiscriminadamente para as pessoas que nasçam com recurso aos gâmetas de dadores ou através de uma gestante de substituição, muito embora, na doutrina e jurisprudência, aquele direito seja densificado, maioritariamente, apenas em relação à procriação

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 117.

assistida heteróloga e já não em relação à gestação de substituição. Na verdade, como já foi analisado, a gestação de substituição levanta muitos questionamentos sociais, éticos e jurídicos, o que criou um movimento, ao nível legislativo, de proibição deste tipo de processos ou, simplesmente, a sua não regulação, pelo que a questão do direito a conhecer a gestante de substituição ficou preterida para segundo plano. No entanto, e com a regulação e aceitação destes procedimentos em Portugal, através da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a questão carece de análise, à medida que cada vez mais ordenamentos jurídicos comecem a permitir estes processos.

O conhecimento da identidade da gestante é de suma importância também nestes processos. Se, em geral, se fala de um direito ao conhecimento das origens genéticas, colocando o enfoque na informação genética, não é nesses termos que se coloca questão da gestação de substituição, uma vez que na maioria dos ordenamentos jurídicos em que a gestação de substituição é permitida, é proibido que a criança seja gerada com gâmetas da mulher que procede leva a cabo a gravidez⁵⁷, não podendo haver qualquer ligação genética entre a gestante e a criança. Mas nem por isso deixa de haver um vínculo digno de tutela, um vínculo gestacional e, portanto, biológico, que cria inegáveis consequências na pessoa que por este meio é gerada, pelo que, como se verá, este direito a conhecer existe em relação à pessoa nascida por gestação de substituição, com os mesmos fundamentos constitucionais.

No Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição⁵⁸, feito no seguimento do Parecer n.º 63/CNECV/2012, afirma-se que:

“A gravidez é um tempo vulnerável e constitui, entre outros aspectos, o momento por excelência de activa programação do epigenoma do embrião-feto, condicionando e definindo a expressão dos genes do embrião/feto, para sempre: a expressão dos genes (activação e desactivação) do embrião/feto/criança é moldada pela gestação intra uterina, activando uns genes, desactivando outros, muito se jogando logo desde a própria implantação do embrião no útero. A implantação é um fenómeno cientificamente cada vez

⁵⁷ Foi esta também a solução preconizada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

⁵⁸ **SILVA, Miguel Oliveira da.** Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição. Março de 2012. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf> (consultado a 15/05/2019).

mais determinante no futuro do embrião-feto e que, obviamente, varia de útero para útero”⁵⁹.

Verdadeiramente, a gestante altera a expressão genética do embrião que carrega:

“A grávida não se limita a “alimentar” o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o micro-ambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer). Sabe-se, por exemplo, que a dieta materna pode ter consequências a longo prazo o desenvolvimento de doenças crónicas na vida adulta, tais como, síndrome metabólico, resistência à insulina, diabetes tipo II, obesidade, dislipidémia, hipertensão arterial e doença cardiovascular”⁶⁰.

Também no Relatório 87/CNECV/2006⁶¹ se afirma que:

“Não existe ainda suficiente evidência sobre os efeitos de um novo e diferente contexto reprodutivo na construção da personalidade da criança, havendo, no entanto, alguma evidência quanto à ligação (psicológica, biológica/epigenética) que se estabelece durante a gestação entre o feto e a mulher grávida, ligação que é importante para o desenvolvimento futuro da criança”.

Assim, deste processo complexo e simbiótico, nasce uma relação ao nível biológico, mas também emocional, daí que seja completamente justificável a tutela do direito da pessoa em conhecer a identidade da gestante.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 29-30.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 30-31.

⁶¹ **CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA**. Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS). Março de 2006. Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf (consultado a 15/05/2019).

2.3. Fundamento constitucional

Ora, feita esta breve abordagem ao surgimento, reconhecimento e manifestações deste direito, importa agora analisar em que medida é que o direito ao conhecimento das origens encontra consagração no nosso ordenamento jurídico, tendo por base a procriação medicamente assistida. A verdade é que não existe no nosso ordenamento qualquer norma, infraconstitucional ou constitucional, que consagre esse direito.

Certo é, também, que na nossa Constituição não existe um catálogo taxativo dos direitos fundamentais, sendo possível inferir outros direitos de preceitos constitucionais ou direitos fundamentais consagrados, graças à “cláusula aberta” constante do artigo 16.º, n.º 1⁶². Assim, o mesmo juízo pode-se fazer relativamente ao direito em análise, pelo que de seguida far-se-á a enunciação e análise dos preceitos constitucionais que, na nossa ótica, fundamentam esse direito.

2.3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição de 1976 consagra, logo no seu primeiro artigo, a dignidade humana, juntamente com a vontade popular, como a base da República, dando-lhe assim “um relevo particularíssimo, pois todos os restantes preceitos constitucionais lhe estariam subordinados no ponto de vista substancial”⁶³.

Afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira que

“Ao basear a República na dignidade da pessoa humana, a Constituição explicita de forma inequívoca que o «poder» ou «domínio» da República terá de assentar em dois pressupostos ou precondições: (1) primeiro está a pessoa

⁶² Cfr. **REIS, Rafael Luís Vale e.** *O direito...*, *op. cit.*, pp. 56 .

Este juízo de reconhecimento do direito ao conhecimento das origens é também feito pela doutrina de outros ordenamentos jurídicos. Veja-se, por exemplo, o caso espanhol: “*no obstante aquella normativa registral adversa, la Constitución proporciona principios y normas que permitían considerar suficientemente protegido en el sistema jurídico español el derecho a conocer el origen personal*”. (**HERNANDEZ, Francisco Rivero.** *La constitucionalidade...*, *op. cit.*, pp. 330).

⁶³ **ASCENSÃO, José de Oliveira.** A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, Vol. II*, Coimbra Editora, 2010, pp. 41.

humana e depois a organização política; (2) a pessoa é sujeito e não objecto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais. Nestes pressupostos radica a elevação da *dignidade da pessoa humana* a trave mestra de sustentação e legitimação da República e da respectiva compreensão da organização do poder político”⁶⁴.

No mesmo sentido, afirma Jorge Miranda que:

“A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, *de todas as pessoas*”⁶⁵.

Assim, o ponto-chave está na própria pessoa, enquanto ser irredutível, insubstituível e irrepetível⁶⁶, mas que também se pauta pela sua liberdade e autonomia⁶⁷.

Também na perspetiva de Oliveira Ascensão,

“O homem tem dignidade porque é pessoa. É um ser ético, porque é auto-consciente e dotado antes de mais de autodeterminação e consciência moral. Não é apenas um ser biológico ou um ser ao sabor do arbítrio: é um ser com fins de realização próprios. É responsável pela condução da sua vida. Nisso reside a sua dignidade”⁶⁸.

Parece claro que o homem não pode ser tratado como um objeto, como um meio para atingir um fim, mas sim como um fim em si mesmo⁶⁹. Assim, a dignidade da pessoa

⁶⁴ **CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital.** *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1. 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 198

⁶⁵ **MIRANDA, Jorge.** A Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, 1ª edição, vol. 1, Almedina, 2016, p. 734.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 737.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 744.

⁶⁸ **ASCENSÃO, José de Oliveira.** A dignidade..., *op. cit.*, pp. 53.

⁶⁹ **KANT, Immanuel,** *Fundamentação da metafísica dos costumes*, apud **ALCYMAR, Rosa Paiva.** *O direito ao conhecimento da origem genética nos casos e reprodução medicamente assistida heteróloga*,

humana impede que a mesma de ser considerada como um instrumento, um objeto, uma coisa.

Neste sentido, e por tratar de matérias tão intrinsecamente ligadas à pessoa, sobretudo na sua génese, foi sentida a necessidade de frisar este princípio na Lei n.º 32/2006, pelo que nos termos do artigo 3.º, “as técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana”. Isto justifica, por exemplo, que haja finalidades proibidas na PMA, como a clonagem reprodutiva, o uso das técnicas com intuito de eugenia genética ou a finalidade de se criarem quimeras ou híbridos⁷⁰. No entanto, não negando a relevância destes temas, importa analisar até que ponto a negação do direito das origens genéticas no âmbito das técnicas de PMA se coaduna com o princípio da dignidade humana.

Nas palavras de Paulo Otero, “a dignidade humana e a inviolabilidade da vida humana surgem como *critério* de resolução de quaisquer conflitos entre valores e princípios jurídicos”⁷¹.

Para já, cumpre concluir que, surgindo como um, senão o princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, em última instância, fundamenta um direito ao conhecimento das origens, sendo este um direito da pessoa gerada pelas técnicas de PMA, que merece a proteção do Estado. Nas palavras de Rafael Vale e Reis,

“A dignidade da pessoa humana tem assim uma função unificadora de todos os direitos fundamentais, e a concretização de direitos pessoais deve ser encarada como actividade de realização da tarefa a que os poderes públicos estão adstritos e que consiste em erigir um sistema jurídico e social assente nesse valor irredutível. Assim, será sempre por referência, em última análise, à ideia de dignidade humana, que deve falar-se num direito ao conhecimento das origens”⁷².

Tese de Mestrado em Estudos em Direito com Menção em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 49-50. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/44812> (consultada a 15/05/2019).

⁷⁰ Estas proibições encontram consagração no artigo 7.º, da LPMA.

⁷¹ **OTERO, Paulo**, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da Bioética*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, p. 44.

⁷² **REIS, Rafael Luís Vale e**. *O direito...*, op. cit., p. 58.

2.3.2. Direito à identidade pessoal e à identidade genética

O direito à identidade pessoal encontra-se previsto no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, pretendendo, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira “garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível”⁷³. No entendimento dos autores, este direito implica “além do direito ao nome, um «direito à historicidade pessoal»”, ou seja, “o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores”, de “acesso à informação sobre a identificação civil”⁷⁴. Abordando a específica questão da PMA, têm os autores alguma cautela em afirmar que esse direito exista necessariamente nas situações de inseminação artificial heteróloga e gestação de substituição⁷⁵.

Segundo Paulo Otero, este direito tem duas dimensões, “uma dimensão absoluta ou individual - cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano”, e “uma dimensão relativa ou relacional”, particularmente relevante para o nosso estudo, por força da qual “cada pessoa tem a sua identidade definida também em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respectivos progenitores”⁷⁶, recorrendo, nesta segunda vertente, à nomenclatura de Gomes Canotilho e Vital Moreira: está em causa um direito à “historicidade pessoal”.

Ao contrário dos ilustres autores, Paulo Otero não tem, no entanto, qualquer dúvida que o direito à historicidade pessoal envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado e, mais importante ainda, o direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores sendo, portanto, inconstitucional qualquer regra de anonimato dos dadores de material genético⁷⁷.

⁷³ **CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital.** *Constituição...*, *op. cit.*, p. 462.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 462

⁷⁵ *Ibidem*, p. 462

⁷⁶ **OTERO, Paulo,** *Personalidade...*, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁷ Para o autor, três efeitos surgem do direito à historicidade pessoal, sendo que nos interessam particularmente os dois primeiros: “a) Em primeiro lugar, o direito à historicidade pessoal envolve o *direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado* ou, mais amplamente, o direito a conhecer o património genético, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade. Daqui resultam duas consequências imediatas: (i) Por um lado, deve ter-se como inconstitucional qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade

Tiago Duarte afirma, a este propósito, que

“(...) o direito à identidade pessoal, dentro da lógica inerente aos direitos fundamentais (que estabelece o carácter restritivo das restrições) também abrangerá o direito a saber quem são os progenitores genéticos, no fundo aqueles que transmitiram a identidade pessoal a cada um, pelo que reputamos de contrárias à Constituição todas as formas, não justificadas (...) que impeçam qualquer pessoa de reconstituir a sua árvore genealógica na busca da sua verdadeira identidade”⁷⁸.

Diogo Leite Campos considera a regra do anonimato como sendo inconstitucional,

“não se justificando por qualquer interesse da pessoa que haja que proteger, cuja dignidade e identidade há que assegurar, e que é o filho. Com efeito, parece claro que este tem o direito a conhecer os seus pais biológicos, na medida em que este conhecimento faz parte da sua própria identidade como ser humano”⁷⁹.

de conhecer a forma como foi gerado ou o respectivo património genético. (ii) Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas - v.g., a tutela dos respectivos direitos à intimidade pessoal e familiar - que possam impedir alguém de conhecer a respectiva origem e o património genético. b) Em segundo lugar, o direito à historicidade pessoal compreende, além do referido direito a saber a forma como foi gerado, o concreto *direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores*, daqui resultando dois principais efeitos: (i) Desde logo, deve considerar-se proibida e, por isso mesmo, inconstitucional, qualquer regra de anonimato do dador de material genético (...). (ii) Além disso, igualmente inconstitucional se mostra qualquer norma visando permitir ou não proibir misturas de sêmen de diferentes doadores ou a utilização de óvulos de diferentes mulheres, isto porque qualquer um destes processos impossibilita o conhecimento da identidade dos respetivos progenitores, lesando, por conseguinte, o inerente direito; c) Em terceiro lugar, o direito à historicidade pessoal, enquanto expressão do direito à identidade pessoal, envolve a *proibição de privação deliberada de família*. Trata-se, aliás, de uma proibição que resulta também da tutela constitucional conferida à maternidade e à paternidade que, além de valores sociais eminentes que o Estado tem de garantir, são factores de efectivação do direito ao desenvolvimento integral da personalidade e instrumentos garantísticos do próprio valor da família como “elemento natural e fundamental da sociedade”, encontrando-se o Estado vinculado a assegurar um “ambiente familiar normal”. (*Ibidem*, pp. 71-75).

É de notar, no entanto, que relativamente ao terceiro ponto, a LPMA viria a tomar uma posição diferente. Com as alterações efetuadas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, foi alargada a rede de beneficiários das técnicas de PMA para casais de mulheres casadas ou a viver em condições análogas às dos cônjuges, bem como para todas as mulheres independentemente do estado civil ou da respetiva orientação sexual (artigo 6.º, da LPMA).

⁷⁸ DUARTE, Tiago. *In vitro veritas...*, op. cit., p. 40.

⁷⁹ CAMPOS, Diogo Leite. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. III, 2006, Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-onnipotencia-do-sujeito/> (consultado a 15/05/2019).

Também Rafael Vale e Reis depreenda da historicidade pessoal um direito geral ao conhecimento das origens biológicas pois, no seu entendimento, este direito “deve considerar-se inexorável e umbilicalmente ligado ao direito à identidade pessoal”⁸⁰. No entanto, o autor não segue o defendido por Paulo Otero, Tiago Duarte e Diogo Leite Campos, no que diz respeito à absolutização desse direito, na medida em que o direito ao conhecimento das origens poderá confrontar-se com outros direitos fundamentais. Assim, defende o autor, deve colocar-se o problema “de saber se as refrações, dimensões ou planos em que este [o direito ao conhecimento das origens] se espraia merecem o mesmo tratamento, designadamente em sede de conflito e harmonização de direitos, nos casos em que se entrecruzem valores constitucionalmente consagrados”⁸¹.

Se a CRP, na sua primordial redação de 1976, já consagrava o direito à identidade pessoal, foi apenas com a revisão constitucional de 1997 que vimos surgir a menção à identidade genética, no artigo 26.º, n.º3⁸², tendo sido, como aponta Paulo Otero, uma das primeiras constituições, a nível mundial, a consagrar a identidade genética do ser humano “relacionando-a com a dignidade pessoal e a limitação da tecnologia e da experimentação científica”⁸³.

Parece que veio este artigo tentar resolver a polémica existente na doutrina portuguesa sobre um relacionamento do direito à identidade pessoal com um eventual direito a conhecer as origens genéticas. Tornou-se indiscutível que, na utilização das tecnologias e na experimentação científica, incluindo-se, portanto, as técnicas de PMA, é necessário tutelar a identidade genética. Para Paulo Otero esta referência parece esclarecer dúvidas sobre a tradicional configuração do direito à identidade pessoal:

“O património genético de cada indivíduo, constituindo um meio de identificação da pessoa física, passou a ser objecto de uma tutela constitucional autónoma, configurando-se a identidade genética humana como um bom jurídico-constitucional que integra a actual «consciência

⁸⁰ **REIS, Rafael Luís Vale e.** *O direito...*, *op. cit.* pp. 59-60.

⁸¹ *Ibidem*, p. 60.

⁸² Estipula o artigo 26.º, n.º 3, da CRP, que “a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

⁸³ **OTERO, Paulo.** *Personalidade...*, *op.cit.* pp.84

jurídica comunitária». Todavia, (...) a exacta configuração operativa da garantia da identidade genética do ser humano esta deferida pela Constituição para o legislador”.⁸⁴

Também Tiago Duarte considera que a consagração do 26.º, n.º 3 pretendeu esclarecer as dúvidas existentes relativamente ao alcance do 26.º, n.º 1, e do significado do direito à identidade pessoal:

“Com esta nova norma torna-se claro o direito que cada indivíduo tem à sua identidade genética e, como corolário óbvio desse direito, o direito a conhecer a sua ascendência (maternidade/paternidade) genética que é formada, no fundo, pela tal historicidade pessoal (...) e que é constituída pelos seus ascendentes genéticos que lhe transmitiram a informação única e irrepetível que diferencia o individuo e o identifica”⁸⁵.

Diferentemente, João Loureiro não considera que a identidade genética tenha vindo no sentido de proteger um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores. O autor apresenta três conceitos de identidade genética que foram apresentados e defendidos na doutrina e jurisprudência: um primeiro, relaciona identidade genética ao genoma, irrepetível, de cada ser humano, correspondendo então à individualidade genética. Num segundo sentido, usa-se o termo para referir a dois ou mais seres com a mesma constituição genética, entrando-se aqui nos meandros da clonagem. Em terceiro lugar, reconduz-se identidade genética ao direito ao conhecimento das identidades dos progenitores.⁸⁶ O autor não concorda, contudo, com esta última aceção, afirmando que “o problema da identidade genética põe-se a um nível prévio. Trata-se, na verdade, de saber qual é o intocável ao nível do substrato biológico do ser humano”⁸⁷.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 85

⁸⁵ **DUARTE, Tiago.** *In vitro veritas?...*, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁶ Cfr. **LOUREIRO, João Carlos Gonçalves.** O direito à identidade genética do ser humano. *Portugal-Brasil ano 2000, Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2000, pp 288-290.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 290-291.

Assim, para João Loureiro, “o conhecimento da verdade sobre a progenitura é protegido então ao nível do direito à identidade pessoal na sua dimensão de direito à historicidade pessoal”⁸⁸.

Já no que concerne à identidade genética, defende o autor que a sua consagração “aponta para que o genoma humano seja não só inviolável, como também irrepetível, seja basicamente fruto do acaso e não de heterodeterminação”⁸⁹. Neste sentido, defende o autor que o direito à identidade genética do ser humano deverá corresponder à proibição da clonagem, garantindo-se a inviolabilidade e irrepetibilidade genética individual, e à proibição da criação de híbridos⁹⁰.

2.3.3. Direito à integridade pessoal

Previsto no artigo 25.º da CRP, contempla, de acordo com o n.º 1, duas dimensões: a integridade moral e a integridade física. Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que está em causa um “direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais”⁹¹.

Tendo sido reconhecida a importância do conhecimento da ascendência genética para a obtenção de dados essenciais sobre a saúde, numa ótica de medicina preventiva, a verdade é que a maioria das legislações permite e prevê o acesso às informações genéticas ou relacionadas com a saúde, relativas ao doador, que não sejam identificativas do mesmo⁹². Foi, aliás, este o entendimento seguido pela LPMA, no artigo 15.º, n.º 2. A própria OMS emitiu um parecer, defendendo que as pessoas concebidas por gâmetas de

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 291.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 291.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 314-332.

⁹¹ **CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital**. *Constituição...*, *op. cit.*, pp. 454.

⁹² Estas opções legislativas serão objeto de análise detalhada na análise de Direito Comparado, feita no ponto 3.2.

doadores devem ter acesso à história genética dos seus pais, mesmo que a identidade destes não seja revelada⁹³.

No entanto, o acesso a estes dados, embora seja de extrema importância, não é suficiente. É necessário conhecer-se a identidade do doador de gâmetas ou da gestante, de forma a tutelar-se, plenamente, o direito à integridade pessoal e, até, o direito à proteção da saúde, previsto no artigo 64.º, n.º 1 da CRP.

2.3.4. Direito ao desenvolvimento da personalidade

Consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, após a Revisão Constitucional de 1997, afirma Paulo Mota Pinto que este direito não foi algo inovador, na medida em que já resultava da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁴.

Entende o autor que

“(...) do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, na parte em que consagra agora o livre desenvolvimento da personalidade, se devem desentranhar *duas dimensões* – a proteção geral da *personalidade* (e, em especial, um direito geral de personalidade) e o reconhecimento da *liberdade geral de acção* (um direito geral de liberdade) – afirmando, aliás, uma *raiz comum* nessas

⁹³ “Children who are adopted or who are conceived from donor gametes should be able to find out the names of their biological parents, on attaining legal majority, if and only if the parent(s) have consented to be found. Discovery should be mutual. This end is best achieved by establishing consensual registers of donors or birth parents to whom disclosure is acceptable. These registries should be periodically updated and registrants should have the option of removing their names. Children should be provided with a genetic health history of their biological parents even if names are not revealed.”

WHO, *Guidelines on ethical issues in medical genetics and the provision of genetic services*, p. 14. Disponível: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/62048/WHO_HDP_GL_ETH_95.1_%28part 1%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/62048/WHO_HDP_GL_ETH_95.1_%28part%201%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado a 15/05/2019).

⁹⁴ Afirma o autor que “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras desse livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado. (...) A forma de realização da personalidade humana não é algo pré-determinado, que se receba por atribuição, herança, situação num dado momento ou classe, ou por imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de algo que se auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projecto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo. (...) A tutela do desenvolvimento da personalidade, agora autonomizada como objecto de um direito explicitamente consagrado no artigo 26.º da Constituição, já encontrava, pois, guardada na Constituição, como resultante da dignidade da pessoa humana.” (PINTO, Paulo Mota. *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Portugal-Brasil ano 2000, Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2000, pp. 152-153).

dimensões, que consiste na garantia das condições de surgimento de uma individualidade autónoma e livre”⁹⁵.

Quanto à vertente da proteção geral da personalidade, afirma o autor que esta “pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o próprio projecto, situação e possibilidades (...). A pessoa humana é, pois, objecto de proteção jurídica como centro autónomo de decisão”⁹⁶.

O autor relaciona este direito com os direitos de personalidade, que são “direitos incidentes sobre aspectos da personalidade humana”⁹⁷, e com o direito geral de personalidade, que resulta do artigo 70.º/1 do Código Civil, sendo que “a consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade representou a *explicitação* de um *fundamento* constitucional para o direito geral de personalidade no direito português”⁹⁸.

Relativamente à liberdade geral de ação, “não obstante a omissão do adjetivo “livre” na formulação do direito agora previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, não pode deixar de se considerar a ideia de liberdade já ínsita no próprio conceito de “desenvolvimento da personalidade” – enquanto auto-conformação, pela actualização, segundo o próprio “projecto”, das virtualidades contidas na personalidade humana”⁹⁹.

Gomes Canotilho e Vital Moreira compreendem este direito como sendo um direito subjetivo fundamental do indivíduo¹⁰⁰, cuja densificação pressupõe:

“(1) a possibilidade de «interiorização autónoma» da pessoa ou o direito a «*auto-afirmação*» em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou dos poderes públicos); (2) o direito a *auto-exposição* na interacção com os outros, o que terá especial relevo na exposição não autorizada do indivíduo nos espaços públicos (na imprensa, nos *media*, nos filmes, na publicidade); (3) o *direito à criação ou*

⁹⁵ **PINTO, Paulo Mota.** O Direito..., *op.cit.*, pp. 164.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 166.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 171.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 173.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 198-199.

¹⁰⁰ **CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital.** *Constituição...*, *op. cit.*, pp. 463.

aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade (ex: direito à educação e cultura, direito a condições indispensáveis de ressocialização, direito ao conhecimento da paternidade e maternidade biológica)”¹⁰¹.

Através de tais excertos é fácil concluir, como também o faz Rafael Vale e Reis, que se o direito ao desenvolvimento da personalidade pretende garantir a todos uma individualidade autónoma e livre, e o conhecimento da ascendência biológica tem um papel preponderante nesse processo de construção pessoal então, inegavelmente, conseguimos retirar deste direito fundamental, um direito ao conhecimento das origens:

“Se um indivíduo quer conhecer a identidade dos seus progenitores biológicos e isso lhe é vedado de forma desproporcionada pelo ordenamento jurídico (ou até por qualquer entidade, pública ou privada), não será difícil reconhecer a lesão profunda naquela autonomia e liberdade individuais que tal impedimento provoca”¹⁰².

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 464.

¹⁰² **REIS, Rafael Luís Vale e.** *O direito...*, op. cit., pp. 67.

Capítulo III

O anonimato dos dadores e da gestante

3.1. Notas prévias

Com o surgimento da possibilidade de levar a cabo processos de PMA com gâmetas de terceiros, várias vozes se insurgiram contra estas técnicas. A Resolução do Parlamento Europeu, sobre Fertilização Artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de Março de 1989, declarou indesejáveis todas as formas de reprodução heteróloga, ressalvando, no entanto, que caso esse princípio não fosse aceite num Estado-membro, seria necessário cumprir um conjunto de requisitos, entre os quais a proibição de desconhecimento da paternidade, no caso de se recorrer aos gâmetas de um terceiro¹⁰³. Por cá, também o CNECV, num parecer de 1993, considerou a PMA heteróloga como eticamente inaceitável¹⁰⁴.

Apesar desta inicial desconfiança, pelos problemas que levantava¹⁰⁵, a verdade é que, paulatinamente, os processos heterólogos foram normalizados e aceites nos vários ordenamentos jurídicos. Na verdade, como afirma Jorge Duarte Pinheiro, a exclusão total dos processos heterólogos contribuiria para a desagregação do casal, ao negar-se o exercício do direito à procriação¹⁰⁶.

¹⁰³ A Resolução sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, do PE, que faz parte do relatório sobre “Problemas éticos e jurídicos da manipulação genética e da fecundação artificial humana” da Comissão dos Assuntos Jurídicos e dos Direitos dos Cidadãos, encontra-se disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4157067f-8624-4143-9e36-c3faf1c9be4e/language-pt> (consultado a 15/05/2019).

¹⁰⁴ Afirmava o CNECV, em 1993, que: “este Conselho defende que nem tudo o que é tecnicamente possível é necessariamente desejável para a vida e para a dignidade humana. E a crescente procura de reprodução heteróloga não pode considerar-se como argumento válido a seu favor, já que a maioria desses casais, num desejo exacerbado de terem o filho pretendido, não têm espaço psicológico suficientemente liberto para debater com objectividade questões éticas e acabam por ser iludidos nas suas verdadeiras pretensões. Por todos os motivos evocados e na fidelidade aos princípios de que partiu, este Conselho não pode considerar a RMA heteróloga como eticamente aceitável.” (**CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Relatório – Parecer n.º 3/CNE/93, op. cit., p. 4).**

¹⁰⁵ “Os grandes problemas residem porém na procriação heteróloga, ou com dador. Aí aparece necessariamente um estranho, a quebrar a intimidade familiar. Ainda que consentido, ainda que anónimo, ainda que se alimente a ficção da proveniência do casal da criança a nascer – há sempre os problemas que traz o estranho no ninho. E nestes casos haverá que perguntar se se justifica a criação de um ser nestas condições, quando há a alternativa da adoção, com a possibilidade de ocorrer simultaneamente a situações de grave carência social.” **ASCENSÃO, José de Oliveira.** Procriação assistida..., *op. cit.*, pp- 649.

¹⁰⁶ Cfr. **PINHEIRO, Jorge Duarte.** *O Direito da Família Contemporâneo*. AAFDL Editora, 6ª Edição, 2018, p. 174.

Ora, associada intrinsecamente aos processos heterólogos, estava a questão de saber se a identidade dos dadores deveria manter-se no anonimato ou não. Mais recentemente, a partir do momento em que, em alguns ordenamentos jurídicos, se começou a admitir a gestação de substituição, também se começou a colocar em xeque a questão do anonimato da gestante de substituição perante a pessoa concebida.

Assim, neste capítulo, pretende-se precisamente analisar a questão do anonimato, apontando os diversos sistemas e dando a conhecer e analisar as soluções dadas por instrumentos de direito internacional e as soluções de diversos ordenamentos jurídicos relativamente a esta questão, que sempre foi assunto controverso, como é fácil adivinhar, implicando a consagração de regras díspares quanto ao mesmo.

3.2. Os vários modelos

Em primeiro lugar, importa distinguir o que significa este anonimato e para quem vale. Ora, no âmbito da procriação medicamente assistida, é normal a consagração de regras de sigilo, existentes, sobretudo, para evitar que terceiros tenham acesso a informações relativas àqueles que recorrem às técnicas ou aos que ajudam nos processos, como os dadores de gâmetas e as gestantes de substituição. No entanto, estas regras de sigilo podem continuar a existir mesmo que se consagre um sistema de não-anonimato, pois com esta consagração o que se pretende tutelar é o direito da pessoa concebida a conhecer os dadores de gâmetas ou a gestante de substituição¹⁰⁷.

Vejamos, assim, os principais de modelos de anonimato.

Em primeiro lugar, existe o modelo do anonimato absoluto, em que é proibida a revelação de qualquer informação relativa aos doadores ou à gestante.

Existe, depois, um sistema, mais comum, de anonimato mitigado, na medida em que vários fatores permitem contornar ou levantar a regra do anonimato, como motivações relacionadas com a saúde ou outras razões, em geral, aferidas pela instância jurisdicional.

¹⁰⁷ REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito..., op. cit.*, pp. 117.

Este é, portanto, o modelo vigente na maioria dos ordenamentos jurídicos, como teremos oportunidade de analisar.

É de apontar, ainda, um modelo apresentado por Guido Pennings, o “*double-track system*”¹⁰⁸, no qual se permite a doação anónima e a doação não-anónima: o casal beneficiário poderá, então, escolher entre receber gâmetas de uma pessoa que permitiu a sua identificação, ou de uma pessoa que requereu o anonimato, sendo que apenas na primeira hipótese poderá a pessoa nascida dos tratamentos, aceder à identidade do doador.

É fácil, no entanto, descortinar os problemas deste sistema: existiriam dois grupos de pessoas geradas por PMA heteróloga, em que um teria direito a conhecer as suas origens biológicas e um outro grupo que continuaria a ver esse direito objetado, o que consubstanciaria uma violação clara do princípio da igualdade¹⁰⁹.

No outro extremo de todos estes sistemas, temos um modelo em que se aboliu totalmente o anonimato (ou em que este nunca chegou a estar consagrado), e que é implementado, única e exclusivamente, por interesses relacionados com a pessoa que nasce através destas técnicas, podendo mediante um requerimento, aceder à informação sobre o dador.

3.3. A pluralidade de soluções

3.3.1. O caso excecional da Suécia

Se num primeiro momento a tendência foi a de proteger a identidade dos dadores, surgiu, mais tarde, o movimento contrário, no sentido de proteger a pessoa concebida e o seu direito a aceder à identificação dos dadores¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cfr. **PENNINGS, Guido**. *The “double track” policy for donor anonymity*. Human Reproduction, vol. 12, n.º 12, 1997, pp. 2839-2844. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b267/0d65fc74b78b11783ea7a60be63d1fbd4755.pdf> (Consultado em 15/05/2019)

¹⁰⁹ Cfr. **BLYTH, Eric**. Donor assisted conception and donor offspring rights to genetic origins information. *The international journal of children's rights*, vol. 6, n.º 3, Dordrecht, 1998, pp. 248-249.

¹¹⁰ Como aponta Oliveira Ascensão, “as posições maioritárias inclinaram-se primeiramente no sentido do anonimato, pela perturbação que este estranho poderia trazer à família de destino (...). Mas desenvolveu-

A tendência para se seguir o princípio do anonimato foi, desde logo, ressaltada pelo Conselho da Europa, em 1989, através de um comité *ad hoc*, com peritos sobre Bioética, muito embora tenha sido também afirmado que, apesar dessa posição, os Estados poderiam legislar no sentido de permitir à pessoa gerada por procriação heteróloga, o acesso a informação relativa a essa forma de concepção e mesmo aceder à identidade do dador¹¹¹.

Por outro lado, é de frisar a posição da Suécia, pioneira na legiferação da PMA, através da Lei n.º 1140, de 20 de Dezembro de 1984¹¹² e que, surpreendentemente, veio consagrar a proibição do anonimato dos dadores de gâmetas sexuais em processos de PMA, afirmando que qualquer pessoa nascida através de uma inseminação artificial deve, assim que atingida a maturidade suficiente, ter direito a aceder à informação sobre o dador, sem que daí resulte, no entanto, o estabelecimento de uma relação de filiação. Esta solução, apesar da revogação que se procedeu através da Lei n.º 351 de 2006¹¹³, manteve-se até hoje, sendo também agora prevista e permitida, desde 2003, a doação de óvulos.

Quanto à maternidade de substituição, esta não é permitida, por não se considerar compatível com o princípio da dignidade humana e considerar-se o instituto gerador de grandes conflitos, nomeadamente em matéria de filiação da criança¹¹⁴, já que vigora neste ordenamento jurídico a clássica regra de *mater semper certa est*.

Apesar desta primeira intervenção legislativa relativamente à PMA heteróloga ter sido no sentido do não anonimato dos dadores, a verdade é que a maioria dos

se também a orientação oposta, consagrada primeiramente na lei sueca, que atribui a todo o ser o direito ao conhecimento da sua origem genética. Foram considerações médicas as que impulsionaram mais a desvendar essa derivação. A tendência esta em progressão no plano internacional”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação assistida..., *op.cit.*, p. 658).

¹¹¹ CONSELHO DA EUROPA. Procriação Artificial Humana. Estrasburgo. 1989, *apud* BLYTH, Eric. Donor assisted conception and donor offspring rights to genetic origins information. *The international journal of children's rights*, Dordrecht, vol.6, n.3, 1998, pp. 237.

¹¹² Diploma disponível em: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19841140-om-insemination_sfs-1984-1140 (consultado em 13/03/2019).

¹¹³ Diploma disponível em: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-mm_sfs-2006-351 (consultado em 13/03/2019).

¹¹⁴ WIBERG, Linda. *Moderskapet och dess rättsverkningar*, 2008, pp. 15-16. Disponível em: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1563011&fileId=1566146> (consultado em 15/05/2019).

ordenamentos jurídicos, europeus e não só, consagram a regra contrária, de forma absoluta ou com algumas relativizações. Debrucemo-nos, agora, sobre esses exemplos.

3.3.2. O sistema de anonimato de França e Espanha e o caso particular da Itália

Em França, a matéria da PMA tem consagração legislativa no Código da Saúde Pública (*Code de la Santé Publique*), e no Código Civil (*Code Civil*)¹¹⁵, por força das alterações levadas a cabo pelas Leis da Bioética de 1994. Assim, desde esse ano que a doação de gâmetas é considerada anónima, por força de diversos preceitos legislativos. Assim, estabelece-se no artigo 16-8 do Código Civil Francês, e no artigo L1211-5 do Código da Saúde Pública, que não pode ser divulgada nenhuma informação identificativa de quem doou um produto do seu corpo, ou de quem recebeu esse produto. Assim, nem o doador pode saber a identidade do destinatário nem o destinatário pode saber a identidade do doador, princípio este que vale para qualquer outra pessoa estranha ao processo. Os referidos artigos ressalvam ainda que este princípio pode ser dispensado em situações de necessidade terapêutica, em que apenas os médicos do doador e do recetor poderão aceder às informações identificativas dos mesmos¹¹⁶.

¹¹⁵ Diplomas disponíveis em: <https://www.legifrance.gouv.fr/> (consultados em 15/05/2019).

¹¹⁶ O Código Civil Francês, no artigo 16-8, na redação dada pela *Loi n.º 94-653 du 29 juillet*, determina que “*Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci*” O Código da Saúde Pública, no artigo L1211-5, determina que “*Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique.*” Resulta, também, do artigo L1244-6 do Código da Saúde Pública, que apenas pode se aceder a informações médicas não identificativas sobre o dador, em caso de necessidade terapêutica: “*Un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu à partir de gamètes issus de don*”. Divulgar informações que identifiquem uma pessoa ou o casal que doou gâmetas e o casal que as recebeu é, aliás, passível de pena de dois anos de prisão e multa de 200 mil francos, nos termos do artigo 511-10 do Código de Saúde Pública, criado pela *Loi n.º 94-653, du 29 juillet*. Além deste princípio do anonimato, surge a ressalva de que em caso de PMA com um terceiro dador, não pode ser estabelecida nenhuma filiação entre o doador e a criança nascida do processo terapêutico, nos termos do artigo 311-19 do Código de Saúde Pública.

Quanto à gestação de substituição, esta é proibida, nos termos do artigo 16-7 do Código Civil Francês¹¹⁷.

Ora, o Comité Nacional de Ética Francês promoveu, entre janeiro e abril de 2018, uma consulta pública, em diversas áreas da Bioética, denominada de “*Etats généraux de la bioéthique*” (Estados gerais da bioética), tendo essa consulta pública culminado num parecer¹¹⁸, no qual se analisam várias matérias da PMA, nomeadamente, quais os sujeitos que poderão recorrer aos processos terapêuticos e a questão da gestação de substituição, reafirmando mais uma vez a sua proibição por respeito da pessoa humana, recusa da exploração da mulher, recusa da coisificação da criança, indisponibilidade do corpo humano e da pessoa humana¹¹⁹. Relativamente à questão do anonimato do dador, revela-se o comité a favor de levantar o anonimato dos futuros doadores de espermatozoides, caso haja concordância dos mesmos nesse sentido¹²⁰.

Na Espanha, os processos heterólogos são permitidos pela *Ley n.º 14/2006, de 26 de Mayo*¹²¹, desde logo, por determinação do artigo 5.º, que trata dos doadores e dos contratos de doação. Relativamente à questão do anonimato, determina o n.º 1 que a doação de gametas e pré-embriões é um contrato livre, formal, confidencial e sem fins lucrativos, entre o doador e o centro autorizado. O n.º 5 é fundamental em sede desta matéria¹²²: em

¹¹⁷ O artigo 16-7, criado pela *Loi n.º 94-653, du 29 juillet*, determina que “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*”

Para uma análise da questão da gestação de substituição no ordenamento jurídico francês, vide: **FRISON-ROCHE, Marie-Anne**. La GPA, ou comment rendre juridiquement disponibles les corps des êtres humains par l'élimination de la question. *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité : panorama international*, 1ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 365-382.

¹¹⁸ **COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE**. *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*. Parecer disponível em: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 122-124.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 124-127.

¹²¹ Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292> (consultado a 15/05/2019). Para uma análise geral da referida lei, incluído os antecedentes normativos, já que a temática da PMA foi objeto de regulação em 1988, pela *Ley n.º 35/1988, de 22 de noviembre*, vide **NANCLARES, Javier**. Las técnicas de reproducción asistida en España: aspectos problemáticos de la ley de 26 de Mayo de 2006, n. 14, con relación a la ley italiana de 19 de Febrero de 2004 n. 40. *Il diritto di famiglia e delle persone*, ano 36, n.º 2, Milão, 2007, pp.846-901

¹²² O artigo 5, n.º 5 determina que “*La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente,*

traços largos, afirma-se que as doações de gâmetas são anónimas e que deve ser garantida a confidencialidade dos dados identificativos dos doadores nos bancos de doadores e nos centros médicos. Existe o direito das pessoas nascidas por esses processos de obterem informações relativas aos doadores, excluindo a sua identidade. Mais uma vez, excecionam-se os casos extraordinários em que se poderá revelar a identidade dos doadores, mas desta vez essa revelação parece valer não apenas para o pessoal médico mas também para a criança ou para as pessoas que acedem aos procedimentos, explicitando que razões extraordinárias estão em causa: terá que haver um perigo para a vida ou para a saúde da pessoa ou terá que ser apropriado de acordo com as leis processuais. Tal divulgação, no entanto, tem um carácter restrito e não pode ser publicitada ao público em geral¹²³. Por outro lado, esta divulgação não implica a determinação legal do vínculo de filiação (artigo 8º, n.º 3, da mesma lei).

Já no que diz respeito à “*gestación por sustitución*”, resulta do artigo 10.º, n.º 1 da mesma lei que este processo, sendo realizado, é nulo e não tem qualquer efeito, continuando a valer a regra de “*mater sempre certa est*”, como se infere pelo n.º 2¹²⁴.

Na Itália, a matéria da procriação medicamente assistida apenas encontrou consagração legal em 2004, através da *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, a denominada *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*¹²⁵. Esta, no seu artigo 4.º, n.º 3, vem determinar que é proibida a utilização de técnicas de PMA do tipo heterólogo, daí que nem se coloque a questão do anonimato ou não anonimato. No entanto, vem o n.º 1

en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”

¹²³ Esta solução já resultava da *Ley n.º 35/1988, de 22 de noviembre*, que foi objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Espanhol, resultando na *sentencia n.º 116/1999, de 17 de junio*, sendo que uma das questões analisadas foi, precisamente, a questão do anonimato, declarando o tribunal a não inconstitucionalidade desta regra, pois não estava em causa uma absoluta impossibilidade de determinar a identidade, por haver a previsão de casos em que se podia levantar o anonimato, e que portanto não havia uma desproteção das pessoas nascidas por aquele tipo de processos. Cfr. **RIVERO, Francisco Hernandez**. La constitucionalidade..., *op. cit.*, pp. 334-335.

¹²⁴ Resulta do n.º 1 que “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, dispondo o n.º 2 que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

¹²⁵ Disponível em <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm> (consultado em 15/05/2019).

do artigo 9.º, esclarecer que, sendo usadas técnicas desse tipo, não se poderá impugnar a paternidade do cônjuge ou companheiro da mãe que tiver dado o seu consentimento para os tratamentos, através de atos “conclusivos”¹²⁶. Por outro lado, o n.º 3 afirma que caso uma criança nasça da aplicação de técnicas heterólogas, o doador de gâmetas não adquire qualquer relação de filiação com a criança, não podendo esta reivindicar direitos contra ele ou ser titular de obrigações¹²⁷.

No entanto, na *sentenza n.º 162, del 9 aprile 2014*, proferida pelo Tribunal Constitucional Italiano (*Corte Costituzionale*), afirmou-se que impedir um casal absolutamente infértil de recorrer a técnicas de reprodução assistida heteróloga é inconstitucional, pois a determinação de ter ou não um filho diz respeito à esfera mais íntima e intangível da pessoa humana. Apesar de poder haver restrições, esses limites, como afirma o tribunal, não podem concretizar-se numa proibição absoluta, a menos que esse absolutismo seja a única forma de garantir a proteção de outros valores constitucionais envolvidos. No entanto, e visto que a procriação heteróloga visa favorecer a vida e não envolve, à luz dos conhecimentos científicos atuais, qualquer risco para a saúde dos doadores, conclui o Tribunal que devem ser permitidos esses procedimentos, desde que as doações sejam realizadas em estruturas controladas pelas autoridades médicas, e sendo necessário verificar a existência de uma patologia, que seja causa irreversível de infertilidade absoluta, e que não se consiga ultrapassar por qualquer outro método terapêutico¹²⁸.

Por outro lado, a *Conferenza delle Regioni e delle Province autonome* (Conferência das Regiões e Províncias Autónomas)¹²⁹, que pretende uniformizar o acesso aos

¹²⁶ Artigo 9.º, n.º 1: “*Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice*”.

¹²⁷ Artigo 9.º, n.º 3: “*In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi*”.

¹²⁸ Para consulta e uma análise mais aprofundada do acórdão, vide **D'AVACK, Lorenzo**. Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 43, n.º 3, Milano, 2014, pp. 1005-1017.

¹²⁹ A *Conferenza delle Regioni e delle Province autonome* foi criado em 1981 e é um órgão estadual italiano que visa a coordenação política entre os presidentes dos conselhos regionais e das províncias autónomas, constituindo um local de discussão e emissão de documentos oficiais. Informação retirada de <http://www.regioni.it/informazioni/> (consultado a 15/05/2019).

procedimentos de PMA heterólogos, estabeleceu, com base no referido acórdão, várias disposições num documento único¹³⁰. Uma dessas disposições diz respeito, precisamente, ao sigilo nos processos heterólogos, defendendo-se que a identidade dos doadores deve ser mantida no anonimato, tanto para o casal beneficiário, como para a pessoa que nasça dos processos, tal como a identidade destes não pode ser revelada. Os dados clínicos dos doadores poderão ser revelados, apenas em casos extraordinários e unicamente aos médicos ou demais pessoal da área da saúde que tenha acompanhado o procedimento de PMA¹³¹. Além do mais, alterações posteriores a esta regra do anonimato deverão sempre garantir o anonimato dos doadores que fizeram as doações antes que a nova lei entrasse em vigor¹³².

No que diz respeito à gestação de substituição, que já surgia expressamente proibida pelo artigo 12.º, n.º 6 da *Legge 19 febbraio 2004*, o tribunal, no acórdão referido anteriormente, volta a frisar essa proibição, separando, portanto, essa técnica, da estrita doação de gâmetas por terceiros e consequentes processos heterólogos.

3.3.3. Sistemas de não-anonimato

A verdade é que, paulatinamente, vários ordenamentos jurídicos têm alterado as suas legislações no sentido da abolição do anonimato dos dadores de gâmetas. É, aliás, uma tendência a nível europeu e mundial, permitir à criança nascida por estes processos,

¹³⁰ **CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME.** *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della corte costituzionale nr. 162/2014.* Disponível em: <http://www.aiopcampania.it/public/normativa/Allegato%20sub%20A%20-%20Conferenza%20Regioni%20e%20Province%20Autonome%20%20rep.Atti%20n.%2014.109.CR02C7SAN%20del%2004.09.2014.pdf> (consultado em 15/05/2019).

¹³¹ “(...) la donazione deve essere anonima (cioè non deve essere possibile per il donatore risalire alla coppia ricevente e viceversa). I dati clinici del donatore/donatrice potranno essere resi noti al personale sanitario solo in casi straordinari, dietro specifica richiesta e con procedure istituzionalizzate, per eventuali problemi medici della prole, ma in nessun caso alla coppia ricevente. L’accessibilità alla informazione sarà gestita informaticamente con il controllo di tracciabilità. I donatori/donatrici non hanno diritto di conoscere identità del soggetto nato per mezzo di queste tecniche e il nato non potrà conoscere l’identità del donatore/donatrice.” (ibidem, p. 10).

¹³² “Eventuali modifiche introdotte alla disciplina dell’anonimato della donazione successivamente alla applicazione del presente documento dovranno comunque garantire l’anonimato ai donatori che hanno donato prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina. Le persone che partecipano a programmi di donazione dovrebbero essere certi che la loro riservatezza sarà rispettata” (ibidem, p. 11).

conhecer a identidade das pessoas que contribuíram para o seu nascimento. Como já foi referido a Suécia foi pioneira nesta consagração¹³³, e vários ordenamentos jurídicos seguiram esse exemplo legislativo.

É interessante referir, em primeiro lugar, o percurso legislativo do Reino Unido no que toca a esta questão. A primeira tentativa de enquadramento legislativo das matérias de PMA surgiu através da criação de uma comissão, a *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, que elaborou um relatório¹³⁴ para examinar as implicações sociais, éticas e legais dos recentes e potenciais desenvolvimentos no campo da reprodução medicamente assistida¹³⁵, e, no âmbito da reprodução assistida heteróloga, recomendou o anonimato dos doadores perante os casais beneficiários, antes, durante e depois do tratamento, e o anonimato destes perante os doadores. Recomendava-se, também, que a pessoa nascida dos processos terapêuticos devia ser informada sobre a sua forma de conceção e que, chegando à idade de 18 anos, deveria ter acesso à informação genética e de etnia do doador de gâmetas.

Esta regra foi a consagrada no *Human Fertilization and Embriology Act* de 1990¹³⁶, o primeiro ato legislativo relativo à PMA. Este criou a *Human Fertilisation and Embryology Authority* que, relativamente ao assunto em análise, e nos termos da secção 31, teria a obrigação de manter um registo com todas as informações relacionadas com os beneficiários de tratamentos de infertilidade, com os doadores de gâmetas ou embriões e sobre a pessoa nascida na sequência dos tratamentos oferecidos. Ainda nessa seção, afirmava-se que a pessoa nascida desses processos, assim que alcançada a maioridade, poderia requerer à Autoridade informações sobre o seu modo de conceção e, se este tivesse sido com recurso a processos heterólogos, obter informações que a Autoridade estava obrigada a fornecer, de acordo com os regulamentos (mas que não incluíam a revelação da identidade dos dadores de gâmetas ou embriões).

¹³³ *Supra*, 3.2.1.

¹³⁴ **WARNOCK, Mary.** *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology.* Disponível em: https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (consultado em 15/05/2019).

¹³⁵ *Ibidem*, p. iv.

¹³⁶ Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf (consultado em 15/05/2019).

Houve, todavia, uma mudança de compreensão do problema concreto do anonimato¹³⁷, e uma consulta pública levada a cabo em 2002 pelo *Department of Health* levou a um debate público da questão do anonimato, com fortes argumentos a favor e contra essa solução, e que culminou com o *Human Fertilisation and Embriology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations*¹³⁸, que entrou em vigor a 1 de abril de 2005, e que estabelece, agora, que as pessoas nascidas por processos de PMA poderão ter acesso, uma vez atingida a maioridade, à identidade do dador, mudança que entrou em vigor a 1 de abril de 2005, sem efeitos retroativos - o mesmo é dizer, portanto, que será a partir de 2023 que as pessoas nascidas destes processos poderão, pela primeira vez, conhecer a identidade dos doadores.

Relativamente à gestação de substituição (*surrogacy motherhood*, como é comumente denominada no Reino Unido), também é bastante pertinente analisar a solução inglesa. Este foi um dos primeiros países a regular juridicamente a gestação de substituição, através do *Surrogacy Arrangements Act*¹³⁹, de 1985 e, posteriormente, através do *Human Fertilization and Embriology Act*¹⁴⁰, de 2008. Aquele primeiro ato tornou claras algumas definições, como a de *surrogate mother* e *surrogacy arrangement*, e veio determinar que, havendo um acordo no sentido da realização de uma gestação de substituição, este não é executável, não havendo a obrigação de a “mãe de substituição”, no fim do parto, entregar a criança aos pais beneficiários. O segundo ato veio criar e definir a “*parental order*”, através da qual o tribunal atribui ao casal beneficiário a parentalidade relativamente à criança nascida por gestação de substituição. Assim, até esta “*parental order*” ser emitida, a gestante é considerada como mãe legal, independentemente de contribuir com os seus ovócitos, possibilidade que é admitida no Reino Unido. Ora, aqueles que fazem o requerimento para serem considerados pais, terão

¹³⁷ Começaram a surgir estudos e a debater-se a importância do conhecimento das origens genéticas, tendo em conta a perspectiva daquele que nasceu a partir dos processos heterólogos, pelo que a regra do anonimato começou a encontrar grandes opositores. A título de exemplo, vide **BLYTH, Eric**. Donor assisted conception..., *op. cit.*, pp. 237-253.

¹³⁸ Disponível em http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1511/pdfs/ukxi_20041511_en.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹³⁹ Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹⁴⁰ Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf (consultado a 15/05/2019).

de o fazer dentro dos primeiros seis meses de vida da criança, e terão de estar casados ou em situação semelhante, sendo que pelo menos um deles terá de ter ligação genética à criança. É ainda de ressaltar que a gestante de substituição deve dar o seu consentimento para a transferência da parentalidade, consentimento esse que não pode ser dado antes de terem passado seis semanas do nascimento da criança¹⁴¹.

Apesar de não se tutelar, concretamente, um direito da pessoa gerada por este meio a conhecer a gestante de substituição, a verdade é que foram feitos vários estudos que comprovam que, em muitos processos de gestação de substituição, a gestante permanece, de forma mais ou menos intensa, em contacto com a criança e com a sua família: num estudo realizado entre 2013 e 2014, concluiu-se que em 34 gestantes de substituição entrevistadas, 85% mantinham contato com a mãe, 76% com o pai e 77% com a própria criança, estando em causa, maioritariamente, um contato pessoal, tendo-se concluído que as gestantes mantinham uma relação próxima e feliz com a crianças que geraram¹⁴².

Interessante é também o percurso da Alemanha, na específica questão do anonimato dos doadores de sémen, já que a doação de óvulos é proibida neste ordenamento jurídico. Ora, a questão da identidade do dador tem vindo a ser discutida desde 1989, pelo *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Numa decisão proferida a 18 de janeiro de 1989, este tribunal veio defender o direito ao conhecimento das origens biológicas como um direito fundamental, resultante da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos de personalidade protegidos pela *Grundgesetz*, a Lei Fundamental Alemã¹⁴³. Todavia, uma tutela legislativa relativamente a este assunto veio apenas em 2017, através da Lei do Registo de Dadores de Sémen e do Acesso a Informações sobre o Dador de Sémen Utilizado (*Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunfterteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen – Samenspenderregistergesetz – SaRegG*)¹⁴⁴, de 17

¹⁴¹ Requisitos consagrados na seção 54 da *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*.

¹⁴² **IMRIE, Susan, JADVA, Vasanti**. The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements. *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 29, n.º 4, 2014, pp. 424-435. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1472648314003538?token=5189368B928B5686DC66FE18E2C8E09E1EAA32B03DDA6567E1574D8BC06550BAF81CC87011B82E52AF0249CA10BEF660> (consultado a 15/05/2019).

¹⁴³ **RIVERO, Francisco Hernandez**. La constitucionalidade..., *op. cit.*, pp. 337-338.

¹⁴⁴ Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/saregg/BJNR251310017.html> (consultado a 15/05/2019).

de julho de 2017. Por força desta lei, que entrou plenamente em vigor a 1 de julho de 2018, passou a ser obrigatório o registo dos doadores de esperma, processo levado a cabo pelo Instituto Alemão de Documentação e Informação Médica (*Deutschen Institut für Medizinische Dokumentation*), sendo que o objetivo deste registo é assegurar o cumprimento do direito ao conhecimento da ascendência para pessoas concebidas por processos de reprodução assistida. A secção 10 revela-se a mais importante a este propósito, afirmando que a pessoa que suspeite ter sido concebida por procriação assistida pode, depois de atingir os 16 anos de idade, reivindicar essa informação (ou representada pelos pais ou representantes legais, se tiver menos de 16 anos).

Importa ressaltar que o artigo 1600.º, n.º 4 e 5, do Código Civil Alemão (BGB)¹⁴⁵ prevê que o homem casado ou a viver com a mãe durante um longo período, é tido como pai da criança que nasça de processos heterólogos, não obstante essa relação de paternidade poder ser impugnada pela pessoa gerada com recurso aos gâmetas de um terceiro.

Relativamente à gestação de substituição, não existe uma direta proibição do procedimento, mas por diversos instrumentos, a celebração destes negócios jurídicos é censurada: no BGB, vigora a regra *mater semper certa est*, sem qualquer exceção (secção 1591.º) e na Lei de Proteção de Embriões (*Embryonenschutzgesetz*)¹⁴⁶ prevê-se, na secção 1, a punição daquele que realizar uma inseminação artificial ou implantar um embrião numa mulher que se disponha a entregar a criança a um terceiro após o parto. O mesmo artigo ressalva, no entanto, a impunidade da gestante de substituição e do próprio casal beneficiário.

Na Suíça foi promulgada a 18 de dezembro de 1998, a Lei federal sobre procriação medicamente assistida (*Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*)¹⁴⁷, que estabelece as condições para a prática da procriação medicamente assistida. Muito

¹⁴⁵ Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0408 (consultado a 15/05/2019).

¹⁴⁶ Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html> (consultado a 15/05/2019).

¹⁴⁷ Disponível em: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html> (consultado a 15/05/2019).

embora proíba a dação de óvulos, de embriões e a maternidade de gestação¹⁴⁸, em nome da não comercialização do corpo¹⁴⁹ permite os processos heterólogos com recurso ao espermatozóide de dador e, nesse sentido, permite, nos termos do artigo 27.º, que a pessoa gerada com recurso a reprodução assistida heteróloga possa, atingidos os 18 anos, aceder a informações relativas à identidade do dador, através de um pedido feito ao *Office Federal de L'état Civil*, que irá contactar o dador e, caso este recuse em revelar a sua identidade, o requerente é informado dos direitos do doador – nomeadamente, direitos de personalidade e direitos de proteção da família – mas, mantendo a vontade em conhecer a identidade, tais dados ser-lhe-ão facultados¹⁵⁰.

Os EUA não têm uma regulação específica relativamente à PMA, confiando esta a diretrizes profissionais e à regulamentação geral da prática médica¹⁵¹.

De um ponto de vista federal, podemos indicar o *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*¹⁵², promulgado em 1992, e as agências ligadas ao Departamento da Saúde dos EUA, como *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) ou *Food and Drug Administration* (FDA) que regulam as práticas médicas. A nível estadual, também se tentou regular a PMA, nomeadamente através de regulamentos específicos. No entanto, reveste de suma importância, devido à inexistência de regulamentação legal, a

¹⁴⁸ Regra presente no artigo 4.º da *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*.

¹⁴⁹ MANAI, Dominique. Gratuité et non-commercialisation du corps humain en droit Suisse: des valeurs relatives. *La non-patrimonialité du corps humain : du principe à la réalité : panorama international*. 1ª ed., Bruylant, 2017, p. 175.

¹⁵⁰ O artigo 27.º dispõe que “1) L'enfant âgé de 18 ans révolus peut obtenir de l'office les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique (art. 24, al. 2, let. a et d). 2) Lorsqu'il peut faire valoir un intérêt légitime, l'enfant, quel que soit son âge, a le droit d'obtenir toutes les données relatives au donneur (art. 24, al. 2). 3) Avant que l'office ne communique à l'enfant les données relatives à l'identité du donneur, il en informe ce dernier, dans la mesure du possible. Si le donneur refuse de rencontrer l'enfant, celui-ci doit en être avisé et doit être informé des droits de la personnalité du donneur et des droits de la famille de celui-ci. Si l'enfant maintient la demande déposée en vertu de l'al. 1, les données lui seront communiquées. 4) Le Conseil fédéral peut confier le traitement des demandes à une commission fédérale.” O artigo 24.º, n.º 2 determina que dados do doador é que são registados e que serão, posteriormente, fornecidos à pessoa nascida das técnicas: “a. nom et prénom, date et lieu de naissance, domicile, lieu d'origine ou nationalité, profession et formation; b. date du don de sperme; c. résultats des examens médicaux; d. renseignements sur l'aspect physique”.

¹⁵¹ Para mais desenvolvimentos sobre este modo de regulação, vide GUNNING, Jennifer. Regulating ART in the USA: a mixed approach. *The regulation of assisted reproductive technology*. Ashgate Publishing Company, 2003, pp. 60-63.

¹⁵² Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-106/pdf/STATUTE-106-Pg3146.pdf> (consultado a 15/05/2019).

autorregulação profissional de cariz médico, através de diretrizes e códigos de boas-práticas dirigidos às clínicas de PMA, da *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM) e da *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART).

É apontado por alguns autores as limitações deste modo de regulação, nomeadamente o facto de não haver um registo nacional obrigatório para os que recorrem à PMA heteróloga, para os que doam gâmetas sexuais ou embriões e para os que nascem desses tratamentos, sendo que o registo das doações e dos doadores facilitaria a troca de informação em caso de ser introduzido um sistema de revelação da identidade dos doadores e caso esta implementação tivesse efeitos retroativos¹⁵³.

Ainda a este respeito, também nos EUA se tem notado uma mudança de paradigmas. Muito embora se bem possa afirmar que na maioria dos estados federados não é permitida a revelação da identidade do dador de gâmetas, em 2011, o Estado de Washington promulgou, pela primeira vez na história da PMA nos EUA, uma lei que permite à pessoa concebida por doação de gâmetas, atingidos os 18 anos de idade, contactar a clínica em que o tratamento tenha sido realizado e pedir informações identificativas relativas ao doador e à sua história médica, ainda que o doador, contactado pela clínica, possa recusar o acesso à sua identidade¹⁵⁴.

Por outro lado, uma Recomendação da ASRM, de abril de 2018, veio realçar uma forte tendência que tem surgido no sentido da revelação da identidade dos dadores, já que, do ponto de vista empírico, tem sido evidente um desejo maior por parte dos beneficiários das técnicas em revelar o modo de conceção e, da parte dos doadores, também se tem sentido uma maior vontade em permitirem a revelação da sua identidade. Por outro lado, um número maior de bancos de esperma, ovócitos e embriões têm tornado disponível o

¹⁵³ **FRITH, Lucy, BLYTH, Eric.** Assisted reproductive technology in the USA: is more regulation needed?. *Reproductive BioMedicine Online*, Vol. 29, N.º 4, 2014, pp. 516-523. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S147264831400368X?token=447D21E8054659FD2D43889FD7DBF400F2C3071BDA887DE9DA826DEB409E1689394B074E0B2C5F46EC273CC7A0244719> (consultado a 15/05/2019).

¹⁵⁴ **CAHN, Naomi, KRAMER, Wendy.** *The birth of donor offspring in the USA?*, 2011. Disponível em: https://www.bionews.org.uk/page_93035 (consultado a 15/05/2019).

acesso a gâmetas sexuais de doadores que o aceitaram ser num plano de transparência em relação à sua identidade¹⁵⁵.

A gestação de substituição aparece regulada em modos semelhantes ao que anteriormente foi descrito, sendo que 22 Estados Federados autorizam e regulam expressamente esse negócio, incluído até gestações de substituição de cariz comercial¹⁵⁶, sendo os beneficiários considerados pais legais desde o momento de nascimento.

Por fim, parece pertinente fazer menção, sem o aprofundamento que se fez anteriormente, a alguns países europeus nos quais é permitida a revelação da identidade dos doadores de gâmetas: na Islândia, existe, desde 1996, um sistema duplo, que autoriza tanto as doações de gâmetas anónimas, como permite também doações de pessoas que as tenham feito sem o véu do anonimato, o que permitirá à criança vir a saber a sua descendência genética¹⁵⁷; na Noruega, a lei permite a revelação da identidade do dador desde 2003¹⁵⁸; na Finlândia, desde 2006 que se aboliu, também, o princípio do anonimato¹⁵⁹ e no ordenamento jurídico austríaco introduziu-se, também, legislação tendente a permitir o acesso ao conhecimento do dador, a partir dos 14 anos de idade¹⁶⁰.

¹⁵⁵ **ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE.** *Informing offspring of their conception by gamete or embryo donation: an Ethics Committee opinion.* Birmingham, Alabama, 2018.
Disponível em: https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/informing_offspring_of_their_conception_by_gamete_or_embryo_donation.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹⁵⁶ Cfr. **ORFALI, Kristina.** *Le corps et l'argent aux USA: la loi du marché et ses exceptions. La non-patrimonialité du corps humain: du principe à la réalité. Panorama international*, 1ª ed., Bruylant, 2017, pp. 263-265.

¹⁵⁷ Esta regra encontra consagração no artigo 4.º, da Lei n.º 55, de 29 de maio de 1996. Estamos, assim, perante um sistema de *double-track*, definido no ponto 3.1. A lei encontra-se disponível em: <https://www.althingi.is/lagas/nuna/1996055.html> (consultado a 15/05/2019).

¹⁵⁸ Referimo-nos à secção 2-7, da Lei sobre uso médico humano da biotecnologia, de 5 de dezembro de 2003, que se encontra disponível em: <https://lovdata.no/dokument/LTI/lov/2003-12-05-100> (consultado a 15/05/2019).

¹⁵⁹ Secção 23, da Lei n.º 1237, de 2 de dezembro de 2006, que se encontra disponível em: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2006/20061237?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=Laki%20hedelm%C3%B6ityshoidoista> (consultado a 15/06/2019).

¹⁶⁰ Secção 20, da Lei n.º 275, de 1992
<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046> (consultado a 15/06/2019).

Esta análise de Direito Comparado é crucial para concluir que estamos perante uma mudança, a nível europeu e mundial, relativamente à questão do anonimato.

3.4. Solução legal portuguesa

Feita esta análise de direito comparado, importa agora analisar os pareceres e contributos do CNECV e os projetos de lei referentes à procriação medicamente assistida, na questão particular do anonimato do dador, que levaram à consagração do artigo 15.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

A Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, formada em 1986, formulou um anteprojeto de lei relativo à utilização das técnicas de PMA, consagrando, relativamente à questão do dador de gâmetas, a manutenção do seu anonimato, sendo possível a revelação de informações genéticas em situações medicamente comprovadas¹⁶¹. Todavia, era sentida a necessidade de se formar um Comité de Bioética, a nível nacional, tendo em conta a dificuldade das matérias que tinham em mãos. Assim, foi apresentado um projeto legislativo para formar uma assembleia nacional, e após discussão parlamentar e promulgação do PR, foi aprovada a lei que criou o CNECV¹⁶².

É de apontar, relativamente a esta Comissão, dois Pareceres emitidos no século XX relativos a esta matéria. No Parecer 3/CNE/93¹⁶³, considerava-se a PMA como eticamente inaceitável. Já no Parecer 23/CNECV/98¹⁶⁴, surgido na sequência de um projeto de proposta de lei de regulação da PMA, apesar de se revelarem ainda algumas dúvidas relativamente à admissibilidade da reprodução heteróloga, afirmava-se que caso a dádiva de sémen fosse legalizada (havendo uma posição definitiva contra a não admissibilidade da dádiva de ovócitos), teria que se reconhecer inequivocamente, e sem quaisquer

¹⁶¹ Vide, **REIS, Rafael Luís Vale e**, *O direito...*, *op. cit.*, pp. 435.

¹⁶² Informação retirada de: <http://www.cneqv.pt/historial.php> (consultado a 15/05/2019).

¹⁶³ Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹⁶⁴ Disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf (consultado a 15/05/2019).

restrições, o direito das pessoas geradas em consequência destes procedimentos a acederem à identificação do dador.

Relativamente ao Decreto n.º 415/VII, de 17 de junho de 1999¹⁶⁵, vetado pelo Presidente da República estabelecia-se, no artigo 12.º, n.º 2 e 3, que as pessoas nascidas através de processos de PMA, poderiam, após a maioridade, requerer a uma comissão não só informações sobre as circunstâncias do nascimento, como também a identificação de dadores de gâmetas ou de embriões, independentemente da autorização destes¹⁶⁶.

O CNECV volta a debruçar-se sobre a PMA e sobre o anonimato dos dadores (deixando de fazer distinção entre doação de sémen e de ovócitos), no Parecer n.º 44/CNECV/04¹⁶⁷, ao admitir-se a possibilidade de identificação do doador pela pessoa concebida pelos gâmetas de um terceiro:

“No caso de PMA com recurso a dador de gâmetas, deverá ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste, no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica. A informação genética relevante para a saúde do filho biológico e não identificável do dador deverá manter-se permanentemente disponível, podendo ser solicitada, antes da maioridade do filho biológico, pelos representantes legais deste”.

Além do mais, ressaltava-se a distinção entre o direito ao conhecimento biológico e a eventual existência de direitos em relação ao dador: “o conhecimento da identidade do dador de gâmetas não poderá implicar, por parte do filho biológico, a reivindicação de quaisquer direitos em relação àquele ou de deveres daquele para com o próprio”.

Ora, nos projetos que foram discutidos e que resultaram na Lei de Procriação Medicamente Assistida, as soluções eram variadas, mas nenhuma contemplava uma solução tão favorável à verdade como o Parecer do CNECV. Assim, a LPMA veio a consagrar uma solução que era a que vinha a ser defendida, maioritariamente, desde que a reprodução assistida começara a ser discutida em Portugal, resultando no artigo 15.º

¹⁶⁵ Analisado no ponto 1.4.

¹⁶⁶ Decreto disponível em: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/07/04/080/1999-07-16/2297?pgs=2296-2300&org=PLC&plcdf=true> (consultado a 15/05/2019).

¹⁶⁷ Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf (consultado a 15/05/2019).

que, com a alteração levada a cabo pela Lei n.º 25/2016, de 22 agosto (respeitante à gestação de substituição), se transcreve de seguida:

Artigo 15.º - Confidencialidade

1 - Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

2 - As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

3 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as pessoas aí referidas podem obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento, junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, mantendo-se a confidencialidade acerca da identidade do dador, exceto se este expressamente o permitir.

4 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

5 - O assento de nascimento não pode, em caso algum, incluindo nas situações de gestação de substituição, conter indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Está, assim, em causa, no n.º 1, um dever de confidencialidade geral, que condiciona todos aqueles que tomem conhecimento do processo, e que é relativo, por um lado, à própria utilização de técnicas de PMA e, por outro, aos participantes no processo¹⁶⁸. Este dever é, ainda, reforçado no n.º 5, que proíbe a indicação no assento de nascimento do recurso a práticas de PMA. Vigora, assim, por força deste dever de confidencialidade, o princípio do anonimato relativamente aos doadores de gâmetas. Contudo, a lei portuguesa

¹⁶⁸ SILVA, Paula Martinho Da e COSTA, Marta. *A lei da procriação...*, op. cit., p. 89.

tentou chegar a uma solução harmonizadora, negando um princípio do anonimato em absoluto, ao permitir a revelação da identidade dos doadores em algumas situações: “entre o segredo absoluto e o conhecimento total situa-se um modelo intermediário que permite o acesso a determinados níveis de conhecimento, de natureza excecional. A lei portuguesa, partindo do princípio do anonimato do dador, prevê gradualmente alguns níveis de conhecimento”¹⁶⁹.

Esses níveis estão consagrados nos n.ºs 2, 3 e 4: existe, por um lado, o direito do sujeito concebido por PMA a aceder à informação genética, desde que não seja revelada a identidade do dador; por outro lado, podem ser pedidas informações sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento¹⁷⁰. A norma mais complexa é a constante do n.º 4, no qual se atribui pleno poder decisório aos tribunais para decidir as situações que, por “*razões ponderosas*”, mereçam um desvirtuamento do princípio do anonimato, ficando por clarificar como interpretar e preencher esse conceito¹⁷¹.

Além do problema levantado por este conceito indeterminado, também salta à vista que, não obstante ser feita referência ao dever de confidencialidade também nos processos de gestação de substituição, as exceções previstas nos números 2, 3 e 4 não parecem valer quanto àqueles processos, pelo que parece desde logo não existir qualquer possibilidade de a criança nascida por esse meio vir a ter acesso a qualquer informação sobre a gestante¹⁷².

No entanto, e como já foi referido, os n.ºs 1 e 4, do artigo 15.º foram julgados inconstitucionais, por força do Acórdão do TC n.º 225/2018 inviabilizando, assim,

¹⁶⁹ *Ibidem.*, p. 91.

¹⁷⁰ Relativamente a esta segunda parte, Jorge Pinheiro aponta que “a proteção do interesse público de não celebração de casamento consanguíneo incube exclusivamente a uma das partes que pretende contrair matrimónio, a qual, dada a extensão da regra do sigilo ao próprio acto de PMA (art. 15.º, n.ºs 1 e 5, da LPMA), pode nem sequer saber que nasceu em consequência de processo de PMA heteróloga” (PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família...*, op. cit., pp. 177-178).

¹⁷¹ Rafael Vale e Reis defende que esse preenchimento deve ser feito em estreita ligação com o direito ao conhecimento das origens genéticas: “o pedido judicial deve, pois, ser fundamentado com a demonstração da necessidade especial de, no caso concreto, ver efectivado aquele direito ao conhecimento das próprias origens, na tendo porém o autor que demonstrar a superioridade dos valores que invoca, comparativamente aos interesses que o dador pode contrapor, cabendo a este último, nos termos gerais da distribuição do ónus da prova, essa tarefa”. (REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito...*, op. cit., p. 442).

¹⁷² Problemática referida anteriormente, no ponto 1.4.

quaisquer tratamentos realizados com recurso aos gâmetas de terceiros. Este Acórdão será objeto de análise no capítulo seguinte.

Capítulo IV

Uma mudança de paradigmas

4.1. Anonimato dos sujeitos *versus* revelação da identidade

Importa, finalmente, neste que é o último capítulo, demonstrar o porquê e em que medida se assiste a uma verdadeira mudança de paradigmas, no Direito da Família e na forma de compreender vários aspetos que antes eram tidos como certos e garantidos.

Como já foi referido, uma das questões mais controversas no âmbito da procriação medicamente assistida foi a aceitação dos processos heterólogos, em que necessariamente surge a interferência de um terceiro, estranho à unidade do casal e que contribui de forma inequívoca para a existência da criança. No entanto, estes processos foram normalizados e aceites na maioria dos ordenamentos jurídicos, com o passar dos anos.

A partir desta admissibilidade, começou-se a discutir se as doações de terceiros deveriam ser anónimas, impedindo, assim, à pessoa gerada, o acesso à identificação do doador. Ora, como ficou claro no capítulo anterior, o anonimato do dador foi acolhido, inicialmente, como a melhor solução. Relativamente à gestante de substituição, a questão do anonimato ou não anonimato nem se colocava, por ser uma figura, em geral, proibida na maioria dos ordenamentos jurídicos. No entanto, e no que concerne aos processos com recurso a dadores, importa analisar as motivações para a posição do anonimato, que eram as mais variadas¹⁷³, mas assentavam, principalmente, em dois campos de argumentação:

Em primeiro lugar, os defensores do anonimato chamavam à colação o direito à vida privada e familiar, consagrado em várias normas de instrumentos de direito internacional,

¹⁷³ Stela Barbas faz uma síntese dos principais argumentos dos defensores do anonimato, “- Garante o valor da defesa da intimidade da vida privada; - Promove um «eventual» bem estar da criança (forma de poupar de um possível conjunto de traumas resultantes da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação); - É uma forma de encorajar a doação; - É uma garantia para os pais sociais da impossibilidade do dador anónimo reclamar qualquer direito sobre o seu filho biológico; - A revelação de determinados elementos sobre a origem biológica da criança pode fazer com que alguns dadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais; - O conhecimento da identidade do dador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada” (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Património Genético*. Coimbra, Almedina, 1998, pp. 171-172).

como é exemplo o artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁷⁴ e o artigo 8.º, n.º 1 e 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁷⁵, e reconhecido, também, pela maioria dos ordenamentos jurídicos. No português, existe a sua consagração constitucional, no artigo 26.º, n.º 1, ao mencionar-se que “a todos são reconhecidos os direitos (...) à reserva da intimidade da vida privada e familiar”¹⁷⁶.

Nessa perspetiva, o casal beneficiário e os doadores são titulares deste direito, sendo o anonimato a melhor solução e a única forma de evitar conflitos e garantir a paz familiar, ao ocultar a infertilidade do casal e ao proporcionar a plena integração da criança nascida por aqueles procedimentos na família, promovendo, ao mesmo tempo, a sua estabilidade psicológica, ao evitar que um terceiro se imiscua nessa relação familiar. Por outro lado, garante-se que não haja a reclamação de direitos ou deveres, nomeadamente de cariz patrimonial, entre os doadores e a pessoa concebida por PMA¹⁷⁷.

Em segundo lugar, com o fim do anonimato, os dadores temeriam a ingerência de pessoas estranhas no seu próprio seio familiar, o que significaria o fim ou a redução

¹⁷⁴ O artigo 12.º estabelece que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”. Disponível em: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> (consultado a 15/05/2019).

¹⁷⁵ O artigo 8.º, sob a epígrafe “Direito ao respeito pela vida privada e familiar” dispõe, no n.º 1, que “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” e, no n.º 2, que “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf (consultado a 15/05/2019).

¹⁷⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que este direito se desdobra em dois direitos menores: “a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”, afirmando ainda que “não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade (sendo diversas as teorias que pretendem fornecer o critério distintivo). (...) O critério constitucional deve talvez arrancar dos conceitos de «privacidade» (n.º 1, in fine) e «dignidade humana» (n.º 2), de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea. O âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar deverá delimitar-se, assim, como base num conceito de «vida privada» que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação”. (CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição..., op. cit.*, pp. 467-468)

¹⁷⁷ REIS, Rafael Luís Vale e, *O direito..., op. cit.*, p. 454.

exacerbada das dádivas de gâmetas sexuais, colocando em causa a sustentabilidade e manutenção dos processos heterólogos¹⁷⁸.

Todavia, um número crescente de vozes veio defender a existência de um direito ao conhecimento das origens, no âmbito da procriação medicamente assistida, e a sua prevalência relativamente ao anonimato, sendo que as razões para manter o segredo vieram, gradualmente, a perder força¹⁷⁹. Esta é uma tendência em clara progressão no plano internacional, como foi possível concluir pela análise de Direito Comparado feita no capítulo anterior.

Esta mudança e a discussão daquele direito foram alimentadas, em primeira linha, pelo aumento do recurso às técnicas heterólogas, que resultaram em mais nascimentos e mais crianças geradas a partir dos gâmetas de terceiros, sujeitos que, mais cedo ou mais tarde, perante a descoberta do seu modo de conceção, ambicionavam descobrir as suas origens biológicas.

Além do mais, começou a ser esclarecido que a procura dessas informações não pretendia o estabelecimento de qualquer relação de filiação com o dador ou quaisquer responsabilidades legais, mas apenas a intenção de conhecer a identidade da pessoa que, com os seus gâmetas, contribuiu para a conceção de outra. O direito ao conhecimento das origens biológicas diferia, assim, do direito a estabelecer um vínculo de filiação, o que era tornado claro pela doutrina a favor do não anonimato¹⁸⁰ e foi a solução preconizada nas legislações de diversos ordenamentos jurídicos, inclusive na portuguesa¹⁸¹.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 454.

¹⁷⁹ **AMORÓS, Esther Farnós**. Donor anonymity, or the right to know one's origins?. *Catalan Social Sciences Review*. n.º 5, 2015, pp. 5.
Disponível em: <https://publicacions.iec.cat/repository/pdf/00000223%5C00000008.pdf> (consultado a 15/05/2019).

¹⁸⁰ “Haja ou não laço de filiação, cada ser deveria poder conhecer de onde provém”. (**ASCENSÃO, José de Oliveira**. *Direito e Bioética. Direito da saúde e Bioética*. Lex, 1991, p. 28); “O que a Constituição impõe é conhecimento de todos os factores que nos formam a identidade. Quer esses factores tenham ou não valor jurídico suficiente para que a lei, com base neles, reconheça vínculos filiais, isso não invalida que cada pessoa tenha acesso ao seu passado natural e biológico. É pois um problema de conhecimento mais do que da relevância jurídica desse conhecimento para efeitos de filiação o que a Constituição impõe quando se reporta ao direito à identidade pessoal” (**DUARTE, Tiago**. *In Vitro Veritas?...*, *op. cit.* p. 41). Para mais contributos neste sentido, *vide* **LOUREIRO, João**. Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga. *Lex Medicinæ*. Ano 3, n.º 6, 2006, p. 26; **REIS, Rafael Luís Vale e**. *O direito... op. cit.*, pp. 108-109.

¹⁸¹ O artigo 10.º, n.º 2, da LPMA estabelece que “os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer”. O artigo 21.º da mesma lei vem reforçar este entendimento: “O dador de sêmen

Por outro lado, o argumento de que o fim do anonimato acabaria com as doações foi também desconstruído. Embora se tenha verificado, num primeiro momento, uma redução das doações na maioria dos países que alteraram as suas legislações, logo de seguida, e depois de uma normalização e aceitação das modificações legislativas, o número de doadores voltou a aumentar, sendo disso exemplo paradigmático os casos do Reino Unido¹⁸² e a Suécia¹⁸³.

Como indica Ana Cecilia González, o direito ao conhecimento das origens genéticas engloba três vertentes: saber, à priori, o modo de conceção; obter informações não identificativas sobre os doadores (dados genéticos ou relacionados com a saúde) e, por fim, obter informação identificadora, como o nome e outros dados que permitam identificar o doador¹⁸⁴.

Relativamente à primeira vertente, importa fazer algumas anotações. A verdade é que na maioria dos ordenamentos jurídicos que tutelam o direito ao conhecimento das origens no âmbito da PMA, não existe uma obrigatoriedade, nem para os pais ou para o Estado, de informar a pessoa assim concebida desse facto. O que se tem verificado é que a pessoa nem chega a tomar conhecimento da forma como concebida, tirando efeito útil a uma

não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”.

¹⁸² A *Human Fertilisation and Embryology Authority* disponibiliza dados estatísticos, mostrando que o número de doadores de esperma e de ovócitos e o recurso aos tratamentos de PMA heteróloga aumentaram bastante nos últimos anos. O último relatório, de fevereiro de 2019, mostra dados relativos aos anos de 2004 a 2016. (**HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY**. *Trends in egg and sperm donation*. 2019. Disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/media/2808/trends-in-egg-and-sperm-donation-final.pdf>, consultado a 15/06/2016). Este relatório complementa a “Fertility treatment: Trends and figures”, que fornece informações sobre o número e tipo de tratamentos de fertilidade realizados no Reino Unido e quantos levaram a um nascimento. Encontra-se disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/media/2563/hfea-fertility-trends-and-figures-2017-v2.pdf> (consultado a 15/05/2019).

¹⁸³ “In the late 1980s, a consequentialist argument concerning the supply of donors had been made, linking the initial decline of sperm donors seen in Sweden soon after the law was passed to the concern of potential donors and future paternity claims. Recent evidence, however, seems to indicate that a more mature group of donors is being recruited, and that, at least in the centres studied, the recruitment of donors has been increasing.” (SHENFIELD, F., STEELE, S. J. What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation?. *Human Reproduction*, vol. 12, n.º 2, 1997, p. 392. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9070734> (consultado a 15/05/2019).

¹⁸⁴ GONZALEZ, Ana Cecilia. Heterologous assisted reproductive techniques: the right to know the origin. Legislation versus subjectivity?. *Acta bioeth.* (online), vol. 22, n.º 2, p. 222. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v22n2/art09.pdf> (consultado a 15/05/19).

previsão de um tal direito a conhecer as origens¹⁸⁵. Por isso, tem havido no Reino Unido propostas de uma reforma no sistema interno, no sentido dos certificados de nascimento passarem a conter a informação da forma de concepção, para chamar a atenção, às pessoas assim concebidas, das circunstâncias que envolveram a sua concepção e oferecer a possibilidade de procurarem informações relacionadas com a sua história genética¹⁸⁶.

Ora, ao admitir-se o direito ao conhecimento da ascendência, dá-se, necessariamente, um conflito com o direito à reserva da intimidade da vida privada do casal beneficiário e também dos doadores. Assim, é defendida a necessidade de conciliar estes direitos e interesses contrapostos, desde logo os interesses da família beneficiária e do doador a manter o segredo e a tutelar a privacidade e o direito da pessoa concebida de conhecer a sua origem biológica e a sua história pessoal¹⁸⁷.

Assim, far-se-á agora um aprofundamento das razões que terão contribuído para uma mudança de compreensão do problema do secretismo nestes processos, no sentido de se ter passado de sistemas de anonimato para sistemas em que a identidade dos dadores e da gestante está acessível para os que foram concebidos através destas técnicas, começando-se a entender o direito ao conhecimento da ascendência como o mais valioso relativamente aos restantes direitos em causa.

¹⁸⁵ João Malta, referindo-se ao específico problema da consanguinidade, afirma que “ou se prevê um preceito que inclua a obrigatoriedade de comunicar à pessoa assim concebida que foi gerada por um processo específico e qual a identidade dos dadores ou corre-se o risco grave de, num clima social de diversificação precoce das experiências sexuais, nos defrontarmos com sérios problemas de saúde pública”. (MALTA, João Paulo. Procriação medicamente assistida heteróloga. *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, 2009, p. 127).

¹⁸⁶Cfr. BLYTH, Eric, FRITH, Lucy, JONES, Caroline, SPEIRS, Jennifer. The Role of Birth Certificates in Relation to Access to Biographical and Genetic History in Donor Conception. *International Journal of Children's Rights*, vol. 17, n.º 2, 2009, pp. 207-233.

¹⁸⁷ Cfr. D'AVACK, Lorenzo. Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 41, n.º 2, 2012, pp. 816; Abordando também a questão dos direitos e interesses em conflito, afirma Francisco Hernandez que “lo importante de esse conflicto es encontrar una correcta ponderación de los intereses enfrentados para que triunfe y sea protegido el más valioso, tomando en consideración todos los elementos de juicio en su dimensión adecuada y realidad actual, con respeto del principio de proporcionalidade, que tiene aqui un importante juego.” (HERNANDEZ, Francisco Rivero. La constitucionalidade..., *op. cit.*, pp. 333).

4.2. A primazia do direito ao conhecimento das origens face ao anonimato

4.2.1. Interesses relacionados com a saúde

Em primeiro lugar, e independentemente do estado da saúde de alguém ser determinado, também, por fatores culturais e comportamentais, tais como o estilo de vida ou os hábitos nutricionais, a verdade é que os fatores genéticos têm uma importância preeminente. Assim, as questões de saúde foram as primeiras que levaram a permitir-se revelar, se não toda, alguma informação relativa aos doadores, já que muitos ordenamentos jurídicos permitiram à pessoa gerada por gâmetas de um terceiro o acesso a dados genéticos sobre o doador e/ou à sua história clínica.

Não obstante a bondade desta consagração, certo é que não tutela as situações de uma doença com repercussões genéticas que apenas surja nos doadores meses ou anos mais tarde após a realização da doação. Neste sentido, afirma João Malta, médico obstetra e ginecologista, num juízo que faz à solução do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, o seguinte:

“O diploma ignora que é imprescindível o conhecimento da evolução clínica passada e futura do indivíduo dador. A Medicina é, cada vez mais, baseada numa praxis preventiva. Todos conhecemos a importância fulcral dos rastreios universais. (...) prevendo-se, tão-só, a possibilidade do conhecimento do genoma do dador ao mesmo tempo que se veda a análise da sua evolução clínica, subtrai-se à pessoa concebida por PMA heteróloga qualquer possibilidade de diagnóstico precoce, pois o conhecimento do genoma não permite, na maior parte das patologias, qualquer análise sobre a expressão dos genes, sujeita a inúmeras condicionantes ambientais, comportamentais e outras”¹⁸⁸.

Assim, e numa era em que cada vez mais se aplica a medicina preventiva¹⁸⁹, em que se diagnosticam doenças analisando os antecedentes históricos genéticos dos indivíduos, aceder à história médica familiar e conhecer as pessoas que contribuem para o

¹⁸⁸ MALTA, João Paulo. Procriação..., op. cit., pp. 126.

¹⁸⁹ Para uma análise de alguns problemas que a medicina preventiva levanta ao Direito, vide OLIVEIRA, Guilherme de. Medicina preventiva: será assim tão diferente da.. medicina?. *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de direito da saúde*, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 5-13

nascimento, reveste-se de suma importância para tomar decisões relativamente à saúde do próprio. Permite-se, ao tomar conhecimento do historial médico dos doadores, usar as corretas medidas de triagem e aceder a tratamentos mais cedo¹⁹⁰.

O mesmo juízo se faz relativamente à gestante de substituição, pois o ambiente uterino e os próprios comportamentos da gestante durante a gravidez podem ter um impacto permanente no desenvolvimento e saúde da pessoa que vier a nascer. Estes factos foram salientados no já referido Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição, no qual se afirmou que:

“A grávida não se limita a “alimentar” o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o micro-ambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigénio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer). Sabe-se, por exemplo, que a dieta materna pode ter consequências a longo prazo o desenvolvimento de doenças crónicas na vida adulta, tais como, síndrome metabólico, resistência à insulina, diabetes tipo II, obesidade, dislipidémia, hipertensão arterial e doença cardiovascular”¹⁹¹.

Ora, para além de ser da maior importância aceder à identidade dos doadores e da gestante pelos motivos que se enunciaram, ainda mais importante é que, num momento prévio, seja revelado àquela pessoa a forma como foi gerada pois, caso contrário, a mesma acreditará numa história médica (dos pais) que, na verdade, não corresponde à realidade ou não corresponde completamente¹⁹².

¹⁹⁰ **MCGEE, Glenn, BRAKMAN, Sarah-Vaughan, D.GURMANKIN, Andrea.** Disclosure to children conceived with donor gametes should not be optional. *Human Reproduction*, vol. 16, n.º 10, 2001, pp. 2034. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242386720_Disclosure_to_children_conceived_with_donor_gametes_should_not_be_optional (consultado a 15/05/2019).

¹⁹¹ **SILVA, Miguel Oliveira da.** Relatório sobre Procriação..., *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁹² **MCGEE, Glenn, BRAKMAN, Sarah-Vaughan, D.GURMANKIN, Andrea.** Disclosure..., *op. cit.*, pp. 2034-2035.

4.2.2. Formação plena de uma identidade própria

Aceder à informação sobre os dadores de gâmetas é também fundamental para a pessoa formar plenamente a sua identidade, para inteiramente se compreender a si próprio, nas mais variadas vertentes: ambições, interesses, características físicas e psicológicas¹⁹³. Está em causa o direito à identidade pessoal, ao qual já se fez referência¹⁹⁴, pelo que a análise deste interesse passará, necessariamente, por considerações já feitas anteriormente.

Assim, Paulo Otero, entendendo que o direito à identidade pessoal tem duas dimensões, reconduz a dimensão relativa, que se consubstancia num direito à historicidade pessoal, ao “*direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado*” ou, mais amplamente, o direito a conhecer o património genético, elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade” e “o concreto *direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores*” pelo que o autor considera inconstitucionais os sistemas normativos que impeçam à pessoa conhecer a forma como foi concebido e as pessoas envolvidas nesse processo¹⁹⁵.

Também Oliveira Ascensão considera que o anonimato impede a pessoa de se compreender plenamente, na medida em que “um ser que nasce sem história, a partir de gâmetas anónimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado. O conhecimento da sua origem biológica pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional”¹⁹⁶.

¹⁹³ Relativamente às características físicas e psicológicas, João Malta afirma que a existência de eventuais incompatibilidades físicas entre a criança e os seus putativos pais, pode criar dúvidas de identidade que geram graves problemas psíquico e sociais para a criança, para a família e para a integração social de ambos. (MALTA, João Paulo. Procriação..., op. cit., pp. 127).

¹⁹⁴ *Supra*, ponto 2.3.2.

¹⁹⁵ OTERO, Paulo, *Personalidade...*, op. cit., pp. 71-75.

¹⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A lei n.º 32/2006 sobre a Procriação Medicamente Assistida*. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/> (consultado em 15/05/2019).

Stela Barbas, referindo-se tanto à dação de gâmetas como às gestações de substituição, afirma que “assegurar o anonimato aos dadores dos elementos fertilizantes ou à mãe portadora implica negar à criança, para cuja vida concorrera, uma parte das suas razões, da sua história, em suma da sua própria identidade”¹⁹⁷, concluindo que:

“O anonimato conduz, necessariamente, ao nascimento de uma pessoa sem raízes como um qualquer produto industrial. Sem sabermos de onde provimos não podemos descobrir para onde vamos ou onde pretendemos ir. Precisamos de ter consciência da nossa própria identidade; necessitamos da certeza da nossa proveniência genética para podermos ter dúvidas acerca de nos próprios”¹⁹⁸.

Para Vardit Ravitsky, não é, na verdade, de todo relevante, se o desconhecimento da identidade da pessoa que doou os seus gâmetas ou da gestante de substituição causa ou não dano na pessoa gerada por esse modo, ou se conhecer essa identidade é ou não um elemento importante na formação da sua identidade. Na verdade, a autora coloca a tónica no facto de o direito ter de ser garantido a todos, de forma a que todas as pessoas geradas por processos heterólogos possam ter autonomia na tomada de decisão do que as origens genéticas significam para si¹⁹⁹.

4.2.3. A nova compreensão dos modos de filiação e dos modelos familiares

As formas de procriação medicamente assistida que têm sido desenvolvidas neste trabalho, ou seja, os processos heterólogos e a gestação de substituição, contribuirão para

¹⁹⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito...*, op. cit., p. 174.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 174.

¹⁹⁹ Escreve a autora que “*For some donor-conceived individuals who argue for a right to know, not having access to their genetic origins constitutes a life-long struggle that has caused much psychological harm. Others have never experienced their circumstances as harmful and rather perceive the search for their donors and donor-siblings as a fulfilling journey that is emotionally adventurous and intellectually stimulating and full of potential for new relationships. But for all of them, the right is grounded, not necessarily in a need for protection from harm, but rather in their autonomy to make choices about what their genetic origins mean to them, at different points in their lives. This choice is linked to fundamental aspects of human existence: our understanding of who we are and how we are connected to others.*”

(RAVITSKY, Vardit. Autonomous choice and the right to know one’s genetic origins. *The Hasting Center Report*, vol. 44, n.º 2, 2014, p. 36. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hast.286> (consultado a 15/05/2019).

uma maior abertura e aceitação de novos modelos familiares e exigiram um repensar da forma de estabelecer a filiação e o próprio número de potenciais pais²⁰⁰.

A verdade é que a maternidade e a paternidade sempre tiveram como critério uma conexão biológica entre os pretensos progenitores e o filho, tentando o Direito acompanhar e criar critérios jurídicos que fizessem jus a essa verdade biológica. Assim, as soluções do Código Civil de 1966, e da maioria dos códigos de outros ordenamentos jurídicos por esta altura, resultava de concepções e ideias advindas já do Direito Romano, nomeadamente a regra *mater sempre certa est*, na medida em que “o parto é um facto único, ostensivo e celebrado, que deixava poucas alternativas para a atribuição do estatuto jurídico de mãe”²⁰¹. Desta forma apresentando também a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, significando que pai seria quem estivesse casado com a mãe, numa tentativa de fazer corresponder a filiação ao que, presumidamente, corresponderia à verdade biológica, mas recorrendo a uma presunção quase inilidível e que mais parecia uma norma imperativa²⁰².

Era um sistema legal que baseava a filiação em ficções positivas e negativas, ao atribuir paternidades falsas e sem possibilidade de impugnação das mesmas, e ao dificultar o reconhecimento da paternidade natural, fora do casamento²⁰³ pois, para além de uma verdadeira preocupação com vínculos correspondentes à verdade biológica, havia uma preocupação ainda maior com a defesa do casamento²⁰⁴, que era entendido como a verdadeira fonte criadora de Família.

Contudo, vários desenvolvimentos científicos vieram fazer prevalecer a verdade biológica sobre quaisquer outras. A descoberta do ADN, em 1953, foi um dos grandes marcos nas descobertas em toda a história da humanidade, revolucionando várias áreas da sociedade, incluindo do Direito. Com o aperfeiçoamento e normalização dos exames de ADN, as presunções legais de paternidade perderam grande parte da sua força, pois

²⁰⁰ **CAHN, Naomi.** The new “ART” of family: connecting assisted reproductive technologies & identity rights. *University of Illinois Law Review*, n.º 4, 2018, pp. 1445.

²⁰¹ **OLIVEIRA, Guilherme de.** *Estabelecimento da Filiação*. Petrony Editora, 2019, p. 24.

²⁰² *Ibidem*, p. 29

²⁰³ **OLIVEIRA, Guilherme de.** Sobre a verdade e a ficção no direito da família. *Temas de Direito da Família*, 2ª Edição Revista. Coimbra Editora, 2001, p. 6.

²⁰⁴ **OLIVEIRA, Guilherme de.** *Estabelecimento...*, op.cit., p. 28

esses exames vieram a permitir determinar com grande grau de certeza a paternidade biológica e começaram a ser usados como meios de prova²⁰⁵.

Assim, na Reforma de 1977 ao Código Civil, a questão da filiação foi reanalisada. Ora, relativamente à paternidade estabelecida dentro do casamento, “a impugnação da paternidade do marido passou a seguir o regime geral da “prova em contrário”, baseada em qualquer facto e sujeita às mesmas práticas de convicção judicial” e, fora do casamento, havia agora forma de se provar diretamente a ligação biológica do réu ao autor da ação de investigação de paternidade, existindo também presunções que em muito facilitavam esse resultado²⁰⁶. Dentro e fora do casamento, “o vínculo jurídico da paternidade passou a assentar no vínculo prévio da progenitura e, desde então, a paternidade jurídica coincide com a paternidade biológica – cada um tem o pai que a biologia lhe deu”²⁰⁷.

Tal foi a importância da criação dos testes de ADN e da possibilidade de se descobrir, com grande certeza, a quem pertencia a paternidade, que os Códigos Civis, inclusive o nosso, seguiram de perto a ciência e passou-se a falar, efetivamente, de um princípio da verdade biológica.

Paradoxalmente, a partir de certo momento, o princípio da verdade biológica conheceu uma certa relativização, graças aos avanços científicos. As técnicas de procriação medicamente assistida vieram desdogmatizar o princípio da verdade absoluta, pois se nos processos homólogos há, necessariamente, correspondência entre a paternidade e maternidade biológicas e sociais, o mesmo não acontece nos processos heterólogos, pois existe um terceiro a imiscuir-se no processo reprodutivo: a criança nascida dos processos tem, necessariamente, material genético fornecido por uma pessoa estranha ao processo parental, pelo que se pergunta, nestas situações, como resolver a questão da filiação.

Ora, a este propósito, afirmava Oliveira Ascensão afirma que:

²⁰⁵ Para mais informações relativamente aos exames de ADN e o seu valor científico e probatório, vide **SANTOS, Carlos Alberto O. S. dos.** *A prova em acções de estabelecimento da filiação*. Relatório de Mestrado para a cadeira de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005, pp. 45-51.

²⁰⁶ **OLIVEIRA, Guilherme de.** *Estabelecimento...*, *op.cit.*, p. 29.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 30.

“Se ligação biológica fosse o elemento necessário e suficiente da filiação, o dador seria o pai. (...) A dação de gâmetas não é um análogo da relação sexual. Há uma entrega de um elemento que foi separado do próprio corpo. Se o facto é despido de todo o projeto de paternidade, está completamente fora da previsão legal, que pressupõe uma forma de união entre homem e mulher. Logo, temos uma situação não regulada, que valorativamente não se subsume ao critério legal de atribuição de paternidade. (...) a derivação biológica continua a ser pressuposto necessário do vínculo de filiação, mas não pode ser considerada suficiente. A mera dação de gâmetas não satisfaz os padrões legais”²⁰⁸.

Foi pela percepção de que o critério biológico não era suficiente e não podia valer nestas situações que se começou a falar de um critério baseado na vontade como determinante da filiação nos procedimentos heterólogos, à medida que estes se tornavam cada vez mais aceites e normais²⁰⁹.

Se antes da consagração de uma lei relativa à PMA, esta tendência já resultava da lei ordinária²¹⁰, com o surgimento da Lei n.º 32/2006, veio-se confirmar a orientação já seguida pelo Código Civil.

Ao permitirem-se os processos de procriação medicamente assistida heterólogos (artigos 10.º, n.º 1 e 19.º, n.º 1) veio a Lei, nos termos do artigo 10.º, n.º 2, definir que os dadores, seja de sémen, óvulos ou embriões, não podem ser considerados progenitores da criança que nasce dos processos de PMA. Na verdade, relativamente à dação de óvulos, a solução afigura-se fácil, na medida em que independentemente de se recorrer ou não a

²⁰⁸ **ASCENSÃO, José de Oliveira.** Procriação assistida..., *op. cit.*, p. 657.

²⁰⁹ É de referir que este critério fundado na vontade já existia relativamente à ao instituto da adoção, admitida no ordenamento jurídico português desde 1967, pois também aqui a vontade, neste caso, de adotar, é o critério determinante da filiação, embora nesta situação em específico o vínculo jurídico não se constitua tao facilmente como se constitui relativamente à PMA, na medida em que para além da vontade de adotar é ainda necessário um conjunto de requisitos que importam cumprir, mencionados no Regime Jurídico do Processo de Adoção. (**OLIVEIRA, Guilherme de.** *Estabelecimento...*, *op.cit.*, p. 30).

²¹⁰ Com o surgimento das técnicas, o Código Civil português tomou posição quanto a esta matéria, determinando, no artigo 1839º, n.º 3, que não obstante o recurso à inseminação artificial heteróloga, a paternidade é estabelecida a favor do marido da mãe que com ela tem o projeto parental. Nas palavras de Oliveira Ascensão, “o art. 1839º/3 cria um novo tipo de filiação, além dos já conhecidos. A lei não está então a falsificar a vontade biológica, mas a admitir um nexo de paternidade de tipo diferente. (...) neste novo vínculo de filiação, a lei afasta-se do vínculo natural de filiação e antes se aproxima da filiação adotiva. Mas também não se confunde com esta”. (**ASCENSÃO, José de Oliveira.** Procriação assistida..., *op. cit.*, pp. 660-661).

uma dadora de ovócitos, e excluindo as situações de gestação de substituição que serão analisadas mais à frente, continua a valer a regra *mater semper certa est*, a mãe é sempre a que tem o parto (artigo 1796.º, n.º 1 do Código Civil), continuando a existir uma inegável correlação biológica.

Por outro lado, o artigo 20.º, que determina a parentalidade nas situações de inseminação artificial, ou seja, com recurso ao sémen de um dador, esclarece que a criança nascida de processos de PMA é considerada filha “de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do artigo 14.º, nomeadamente a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo” (n.º 1), podendo o estabelecimento da parentalidade ser impugnado pela pessoa casada ou unida de facto, caso se prove que não houve consentimento ou se esse tiver sido para um processo diferente daquele que, efetivamente, se levou a cabo (n.º 4). Este artigo foi alterado pela Lei n.º 17/2016, de 20 junho, de forma a incluir os casais de mulheres.

Em relação a este consentimento, estabelece o artigo 14.º que este tem de ser prestado por ambos os beneficiários e ser livre, esclarecido, expresso e posto por escrito perante o médico responsável (n.º 1), depois de prévia informação, por escrito, dos benefícios e riscos da utilização dos métodos de PMA e as suas implicações éticas, sociais e jurídicas (n.º 2).

Assim, sendo prestado o consentimento nos termos fixados na LPMA, que revela inequivocamente a existência de um projeto parental, o marido ou o unido de facto ou a mulher ou unida de facto da beneficiária, assumem, desde o momento de conceção, o estatuto jurídico de pai ou de mãe, através, pura e simplesmente, da vontade demonstrada pelo consentimento.

A este propósito, escreve Jorge Duarte Pinheiro que

“Podemos identificar um princípio fundamental, em matéria de constituição do vínculo de filiação – a declaração de vontade do candidato a progenitor é um elemento mínimo, indispensável, da constituição do vínculo de filiação que não resulte da prática de um acto sexual. (...) Juridicamente, não é, portanto, pai ou mãe aquele que não tenha consentido no uso de uma técnica de procriação assistida. Tão-pouco é pai ou mãe o mero dador de

gametas, zigotos ou embriões, porque através da dação ele não manifesta a vontade de assumir um projecto parental”²¹¹.

Quanto à gestação de substituição, até há pouco tempo a maternidade era sempre certa, na medida em que a gestação e o parto, ostensivos como são, não davam aso a dúvidas quanto à identidade da progenitora. Também este dogma foi descredibilizado, como já se viu em breves linhas, por força das descobertas no âmbito da PMA, nomeadamente, a possibilidade de uma mulher se substituir a outra no processo de gestação e dar à luz uma criança com o material genético do casal beneficiário ou de um terceiro, com o objetivo final de entregar a criança ao casal que recorreu a esse processo.

Abstraindo-nos, de novo, de todas as problemáticas que a gestação de substituição levanta, este procedimento levanta várias questões relativamente ao direito da filiação. No caso, é dúbio a quem se pode imputar a maternidade, nas situações em que se recorre a uma gestação de substituição. Como aponta Vera Lúcia Raposo,

“O desenvolvimento das técnicas reprodutivas e a proliferação de contratos de gestação sub-rogada acalentam o perigo de diluição do conceito de “maternidade”. A figura da “mãe” deixa de existir como um todo e transforma-se na soma de segmentos desmembrados. Existem mães que apenas fornecem os óvulos (mães genéticas ou biológicas), outras que tão-só geram a criança (mães geradoras) e mães que criam a criança e a educam (mães sociais ou legais)”²¹².

Ora, como já se viu, a dadora de ovócitos, ou seja, a “mãe genética”, mesmo participando numa gestação de substituição, não é considerada “mãe”. A questão mais difícil está na mãe gestacional e na mãe social. Pela dificuldade da questão, a solução legislativa na maioria dos países tem sido a vedação completa à utilização destas técnicas.

Em Portugal, a regra *mater semper certa est*, presente no artigo 1796.º, do Código Civil, também resultava da versão inicial da Lei n.º 32/2006, que determinava no seu

²¹¹ **Pinheiro, Jorge Duarte.** *O Direito da Família...*, op. cit., p. 168

²¹² **RAPOSO, Vera Lúcia.** *De mãe para mãe...*, op. cit., p. 34.

Oliveira Ascensão faz a menção a esta divisão tripartida da maternidade, afirmando ainda que pode haver uma quarta mãe, nas situações em que “os gametas alheios fossem objecto de transferência intratubária, donde resultasse a fertilização, mas o embrião fosse afinal retirado, para ser objecto de gestação por uma mãe portadora. Surgiria assim ainda uma mãe de concepção. A mãe social seria então uma nova «mãe», diferente da mãe de concepção.” (**ASCENSÃO, José de Oliveira.** *Procriação assistida...*, op.cit., p. 669).

artigo 8.º a nulidade de qualquer contrato de maternidade de substituição sendo, portanto, mãe, para todos os efeitos legais, a mulher que levasse a cabo a gestação. Com a alteração levada a cabo pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, passou a permitir-se a celebração da gestação de substituição, sob os condicionalismos anteriormente referidos, e veio-se determinar, nos termos do n.º 7, do artigo 8.º, que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.”²¹³. Assim, com esta nova redação, muda-se mais um paradigma, fazendo-se prevalecer o critério voluntarístico também nas situações de gestações de substituição, todavia cumulado com uma vertente biológica/genética, na medida em que apenas são permitidos casos de gestação de substituição em que pelo menos um dos respetivos beneficiários contribua com os seus gâmetas sexuais.

Ora, a filiação estabelecida tendo em conta o critério voluntarístico, relacionado com o consentimento prestado antes de iniciados os tratamentos de reprodução médica, e que tem feito prevalecer o elemento volitivo perante o elemento biológico ou genético, foi pertinente para a correta diferenciação entre pai/mãe e doadores/gestante: os primeiros são as pessoas cuja filiação está determinada legalmente, por força de um projeto parental, enquanto que os segundos são as pessoas que doaram os seus gâmetas sexuais no âmbito de um processo de PMA ou que levaram a cabo a gestação da criança.

Todavia, e apesar do critério da verdade biológica ter perdido grande parte da sua importância, não significa, no entanto, que o conhecimento da origem biológica não seja de suma importância para qualquer ser humano, devendo essa informação estar sempre disponível, como se tem vindo a defender, mas não significando, também como já se viu, o estabelecimento de uma relação filial.

Por outro lado, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho veio alargar o âmbito dos beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida, garantindo-se, agora, o acesso de todas as mulheres à PMA, independentemente do diagnóstico de infertilidade, nos termos do artigo 4.º, n.º 3, e independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual (artigo 6.º, n.º 1). Também o artigo 20º veio a ser modificado, mudando desde logo a epígrafe de “determinação da paternidade” para “determinação da parentalidade”, pois agora podem recorrer à PMA e, especificamente , à inseminação

²¹³ Esta norma foi, no entanto, julgada inconstitucional pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018.

artificial, tanto os casais heterossexuais, como os casais de mulheres, prevendo-se no atual n.º 1 que a criança nascida de IA é tida como filha da beneficiária e da pessoa, casada ou unida de facto que, com ela, recorreu às técnicas, esteja em causa uma mulher ou um homem. Prevê-se, ainda, neste artigo, as situações de monoparentalidade, em que uma mulher solteira recorra às técnicas de PMA, nos termos do n.º 3: “Se apenas teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, lavra-se apenas o registo de nascimento com a sua parentalidade estabelecida, sem necessidade de ulterior processo oficioso de averiguação”.

Ora, esta tutela da constituição de novos tipos familiares no âmbito da procriação medicamente assistida mostra que se vivem verdadeiras mudanças na concetualização de família e que o Direito se deve adaptar a elas. Na verdade, se para já é possível os casais de mulheres e mulheres solteiras recorrerem à PMA, essa possibilidade poderá, mais cedo ou mais tarde, ser alargada aos casais de homens, e podendo a biotecnologia dar resposta aos desejos de ter filhos, co-natural ao ser humano, a procura por estes procedimentos será cada vez maior, prevendo-se que hajam cada vez mais famílias de cariz monoparental ou homossexual. Ora, é precisamente neste tipo de famílias que será muito difícil ou impossível de esconder o modo de conceção do filho, através de gâmetas doados ou com recurso a gestante de substituição, o que tornará o princípio do anonimato de muito difícil manutenção, prevendo-se que, a abertura à verdade que já se assiste nos dias de hoje, tenda a ser muito maior em pouco tempo²¹⁴.

Existe um novo ênfase na família, distinguindo-se da família tradicional de um pai e de uma mãe e o(s) filho(s), ou mesmo baseada no casamento, para passarmos a ter novas unidades familiares, havendo agora um novo enfoque na criança e na vontade de a ter²¹⁵. Valores como o afeto, a igualdade e a verdade, passaram a dominar as relações familiares, longe da família ficcionada de que falava Guilherme de Oliveira²¹⁶. Daí que, sobretudo na doutrina e jurisprudência brasileiras, se fale numa verdade afetiva ou socioafetiva, conceito ainda estranho no nosso ordenamento jurídico, em que se os vínculos filiais

²¹⁴ **CAHN, Naomi.** The new “ART”..., *op. cit.*, p. 1453

²¹⁵ **DEECH, Ruth.** The HFEA..., *op. cit.*, p.26

²¹⁶ **OLIVEIRA, Guilherme de.** Sobre a verdade..., *op. cit.*, p. 6.

assentam em relações afetivas tendencialmente estável e duradoura, mais do que na verdade biológica ou na simples vontade de assumir o estatuto de pai ou de mãe²¹⁷.

Ora, a existência destas novas formas familiares, baseadas nos referidos valores, mais do que na biologia e a dissociação cada vez maior entre as formas de filiação, são fatores que facilitam a normalização e posituação do direito ao conhecimento das origens²¹⁸.

Assim, e mesmo que o direito ao conhecimento das origens genéticas ou biológicas pareça desajustado numa época em que a família social ganha cada vez mais importância, este argumento não colhe aceitação, por tudo o que se viu, pois aquele direito serve precisamente para uma maior dignificação da família social, na medida em que, não havendo conexão genética ou biológica, ou não a havendo na totalidade, as relações familiares terão de se pautar por outros valores, nomeadamente os da honestidade e verdade. Estes valores, como se verá de seguida, são, aliás, essenciais para relações familiares saudáveis, qualquer que seja o tipo familiar em causa.

4.2.4. Relações familiares estáveis e saudáveis

O fim do anonimato, ancorado em geral num direito ao conhecimento das origens biológicas ou genéticas, funda-se, também, no interesse de qualquer pessoa em ter relações familiares fortes, essenciais para um normal desenvolvimento, sendo que muitas vezes isto é posto em causa pelo segredo que, habitualmente, cobre o modo de conceção das pessoas geradas com recurso a gâmetas doados ou a gestante de substituição. Com este segredo, gera-se um inevitável desconforto e tensão familiar, para além de haver sempre o risco de a criança descobrir, por terceiros, sobre o verdadeiro modo de conceção, o que gerará um irreparável dano na confiança com a família social²¹⁹.

²¹⁷ **OLIVEIRA, Guilherme de.** *Estabelecimento...*, *op.cit.*, p. 26-28; **Oliveira, Guilherme de.** *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006, pp. 279-286. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/handle/10316.2/38878> (consultado a: 15/05/2019).

²¹⁸ **IDIAKEZ, Itziar Alkorta, AMORÓS, Esther Farnós.** Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, n.º 1, 2017, p. 172. Disponível em: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/676/984> (consultado a 15/05/2019).

²¹⁹ Para uma síntese dos riscos que relações familiares baseadas na mentira podem ter, *vide* **MCGEE, Glenn, BRAKMAN, Sarah-Vaughan, D.GURMANKIN, Andrea.** *Disclosure...*, *op. cit.*, pp. 2034,

Já Antunes Varela, em 1993, defendera um princípio à verdade, que constitui, na sua opinião, uma das traves-mestras da nova ordem jurídica das nações mais evoluídas: “é este direito à verdade que fundamenta que cada um saiba quem foram os seus reais progenitores, que sangue lhes corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenómeno capital do seu nascimento”²²⁰.

Também Tiago Duarte repudia relações de filiação baseadas em mentiras ou segredos, afirmando que “nunca nos pareceria ter apoio constitucional um sistema de filiação baseado na mentira, no segredo e pior do que tudo na ocultação de algo tao essencial como sejam os antecedentes genéticos que nos diferenciam uns dos outros”²²¹.

É de ressaltar ainda a ideia de que face aos avanços na ciência e na tecnologia ao nível da genética, cedo caminhamos para uma era em que os testes genéticos serão comumente usados, o que poderá levar também à descoberta das ligações genéticas. Para além dos riscos para a coesão e harmonia familiar que esta descoberta pode trazer, é seguro ainda dizer que estes testes genéticos, num futuro próximo, acabarão com a possibilidade de manter as procriações heterólogas em segredo²²².

4.3. A mudança de posição do Tribunal Constitucional

4.3.1. O acórdão n.º 101/2009

O Tribunal Constitucional já se pronunciou, por duas vezes, sobre a Lei de Procriação Medicamente Assistida e, especificamente, sobre o anonimato e o artigo 15.º, importando agora analisar esses acórdãos.

O primeiro deles, o Acórdão n.º 101/2009, com o Processo n.º 963/06, de 3 de março de 2009²²³, avaliou a constitucionalidade das normas constantes do artigo 10.º, n.ºs 1 e 2,

²²⁰ VARELA, J. M. Antunes. A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 15, Rio de Janeiro, 1993, p. 35.

²²¹ DUARTE, Tiago. *In Vitro Veritas?...*, *op. cit.*, pp. 40

²²² Cfr. MCGEE, Glenn, BRAKMAN, Sarah-Vaughan, D.GURMANKIN, Andrea. *Disclosure...*, *op. cit.*, p. 2034; CAHN, Naomi. The new “ART”..., *op. cit.*, p. 1454.

²²³ Publicado em Diário da República, n.º 64, Série II, a 1 de abril de 2009, p.12452-12472. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized> (consultado a 15/05/2019).

e do artigo 15.º, n.ºs 1 a 4, por, entre outras razões, negarem o direito constitucional ao conhecimento e reconhecimento da ascendência.

O tribunal concluiu pela não inconstitucionalidade das normas referidas, depois de feita uma análise de direito comparado e de doutrina. Assim, afirmou o tribunal que “do ponto de vista jurídico-constitucional estão aqui em tensão diferentes direitos fundamentais. Por um lado, o direito fundamental da pessoa nascida de PMA à identidade pessoal, do qual parece decorrer um direito ao conhecimento da sua ascendência genética (artigos 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), e, por outro, o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar (previstos, respectivamente, nos artigos 36.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da Constituição)”.

Relembra o Tribunal que o artigo 15.º “não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, mas apenas uma regra *prima facie*, que admite exceções expressamente previstas”, de modo que “a questão que se coloca não é pois a de saber se seria constitucional um regime legal de total anonimato do dador, mas antes se é constitucional estabelecer, como regra, o anonimato dos dadores e, como exceção, a possibilidade de conhecimento da sua identidade.”

Assim, o tribunal trata do direito à identidade pessoal, densificando-o, e definindo-o como “um conceito referido à pessoa que se constrói ao longo da vida em vista das relações que nela se estabelecem, sendo que os vínculos biológicos são apenas um aspeto dessa realidade”, pelo que “a imagem da pessoa que a Constituição supõe não é apenas a de um indivíduo vivendo isoladamente possuidor de um determinado código genético; a Constituição supõe uma imagem mais ampla da pessoa, supõe a pessoa integrada na realidade efetiva das suas relações familiares e humano-sociais. Deste modo, o direito à identidade pessoal, poderá dizer-se, possui, até certo ponto, um conteúdo heterogéneo: ele abrange diferentes tipos de faculdades, e o seu domínio de proteção não é absolutamente uniforme, admitindo-se nele diferentes intensidades em função do tipo de situação que esteja em causa”.

Assim, mesmo reconhecendo um direito fundamental ao conhecimento e da maternidade e paternidade, advindo do direito à identidade pessoal, pois “saber quem se é remete logo (pelo menos também) para saber quais são os antecedentes, onde estão as raízes familiares, geográficas e culturais, e também genéticas”, isso não impede “que o legislador possa modelar o exercício de um tal direito em função de outros interesses ou

valores constitucionalmente tutelados que possam reflectir-se no conceito mais amplo de identidade pessoal”.

O TC chama a atenção, especificamente, para o direito a constituir família, como um “fator a ponderar na admissibilidade subsidiária da procriação heteróloga. A partir do momento em que se admite uma modalidade de procriação medicamente assistida que pressupõe a doação de gâmetas por um terceiro, mal se compreenderia que se estabelecesse um regime legal a ela relativo que fosse tendente a afetar a paz familiar e os laços afetivos que ligam os seus membros”, justificando-se, assim, que “o legislador crie as condições para que sejam salvaguardadas a paz e a intimidade da vida familiar, sem interferência de terceiros dadores que, à partida, apenas pretenderam auxiliar a constituição da família”.

Concluiu, assim, o tribunal, que o regime de anonimato mitigado constante do artigo 15.º, é justificado “pela necessidade de preservação de outros valores constitucionalmente tutelados”, pelo que não mereceu censura constitucional.

4.3.2. O acórdão n.º 225/2018

No entanto, decorridos nove anos, viria a mesma instância jurisdicional decidir em sentido contrário. Assim, o Acórdão n.º 225/2018, com o processo n.º 95/17, de 24 de abril de 2018²²⁴, veio no seguimento de um pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, feito por um grupo de 31 deputados, num conjunto formado por três pontos:

(i) O artigo 8.º e todas as normas ou parte de normas referentes à gestão de substituição, por violação da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), do dever do Estado de proteção da infância (artigo 69.º, n.º 1, da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)²²⁵;

²²⁴ Publicado em Diário da República, n.º 87/2018, Série I, de 7 de Maio de 2009, pp. 1885-1979. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized> (consultado a 15/05/2019).

²²⁵ Relativamente à gestão de substituição, embora esta nos importe quanto à questão do anonimato da gestante de substituição perante a pessoa concebida, não é isso que está em causa neste primeiro conjunto de questões, relegando-se a questão do anonimato da gestante para o segundo ponto e que será objeto de

(ii) O artigo 15.º, n.º 1 e 4, em conjugação com os 10, 1 e 2 e 19º, 1, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), significando o direito daqueles que nascem em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões de conhecerem a identidade do

análise detalhada. No entanto, e apesar da “inexistência de uma incompatibilidade de princípio do modelo português de gestação de substituição com a Constituição”, o tribunal veio julgar algumas normas inconstitucionais, daí que importe analisar alguns dos motivos para tal decisão. Em primeiro lugar, o tribunal nega que a gestação de substituição, nos termos em que está prevista na LPMA, consubstancie uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana já que, relativamente à gestante de substituição, não existe uma exploração económica nem a sua instrumentalização, nem a instrumentalização da criança nascida das técnicas. Por outro lado, referindo-se à questão da revogabilidade do consentimento da gestante, vem o tribunal determinar que, “a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, é inconstitucional por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição), estendendo-se tal juízo consequencialmente, e pelas mesmas razões, à norma do n.º 7 do artigo 8.º daquela Lei, segundo a qual a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é sempre tida como filha dos respetivos beneficiários.” O tribunal veio ter em conta que a gestação de substituição, é um “processo complexo, dinâmico e único, em que se cria uma relação entre a grávida e o feto que se vai desenvolvendo no seu seio” e que, portanto, o consentimento a priori nunca poderia ser livre e esclarecido. Assim, havendo um conflito entre projetos parentais, o projeto do casal beneficiário e o projeto da gestante de substituição, nos casos em que esta revogue o seu consentimento “o critério principal para a respetiva solução tem de ser o superior interesse da criança. E tal só é possível no quadro de uma avaliação casuística, pois de outro modo negar-se-ia a condição de sujeito de direitos da criança, em violação da sua dignidade e o Estado violaria o seu dever de proteção da infância”. Por outro lado, relativamente ao regime da nulidade do contrato de GS, afirma o TC que “a possibilidade de a todo o tempo questionar com fundamento na simples inobservância (por oposição a uma inobservância qualificada) de um qualquer pressuposto (e não apenas de pressupostos fundamentais como, por exemplo, o de não ser a gestante dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante) a validade do contrato de gestação permite que se crie um grau de incerteza e indefinição quanto à filiação já estabelecida, o que não se compadece com a segurança jurídica exigível em matéria de estatuto das pessoas. (...) Tal solução mostra-se, por isso, incompatível com o princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição. Por outro lado, o mesmo regime, na sua abstração e com o automatismo dos efeitos legais que lhe estão associados, também não permite acautelar a solução que, em concreto, se revele como a mais adequada ao desenvolvimento integral da criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição nulo.” Assim, “o legislador violou o dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, da Constituição”. Por fim, quanto à indeterminabilidade do regime legal do contrato de GS, “os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA não oferecem uma medida jurídica com densidade suficiente para estabelecer parâmetros de atuação previsíveis relativamente aos particulares interessados em celebrar contratos de gestação de substituição nem, tão pouco, critérios materiais suficientemente precisos e controláveis para o CNPMA exercer as suas competências de supervisão e de autorização prévia”. Assim, a “precisão ou determinabilidade que carecem os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da LPMA, que se reportam aos limites a estabelecer à autonomia das partes do contrato de gestação de substituição, assim como aos limites às restrições admissíveis dos comportamentos da gestante a estipular no mesmo contrato” tornam tais preceitos inconstitucionais “por violação do princípio da determinabilidade da lei, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), ambos da Constituição, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família da gestante e dos beneficiários consagrados nos artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, do mesmo normativo”.

ou dos dadores e, no caso de pessoas nascidas através do recurso à gestação de substituição, de conhecerem a identidade da respetiva gestante

(iii) Por fim, o artigo 20.º n.º3, por violação dos mesmos preceitos constitucionais referidos no grupo anterior²²⁶.

No que respeita ao segundo ponto, o que os requerentes pretendem é saber “se é constitucional estabelecer como regra o anonimato dos dadores e como exceção a possibilidade de conhecimento da sua identidade”, afirmando estar em causa “o peso relativo que o direito à identidade pessoal merece e a importância que a lei lhe dá no regime que institui vis a vis o direito a constituir família e o direito à intimidade da vida privada e familiar.”, pugnando pela sua preponderância face a outros direitos, pois “ao permitir-se – ou permitir-se prioritariamente – ao filho o direito de conhecer e saber a sua verdadeira identidade genética e biológica, tal não constitui uma diminuição ou discriminação da filiação jurídica nem de quaisquer outros direitos a ela inerentes: o reconhecimento da origem genética ou biológica não contende com a filiação havida, pelo que não implica qualquer direito ou dever paterno ou materno relativamente àquele cuja origem se investiga. Efetivamente, respeita-se e salvaguarda-se de forma equilibrada, no estrito cumprimento das diretrizes constitucionais, os vários direitos fundamentais em tensão. Estamos a falar de um mero conhecimento, é certo, mas de um conhecimento fundamental de modo a que a ninguém seja vedada a possibilidade de conhecer a própria história e reafirmar a sua individualidade.”

Assim, sendo requerida a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 15.º, n.º 1 e 4, em conjugação com os artigos 10.º, 1 e 2 e 19.º, n.º 1, por não permitirem à pessoa concebida por técnicas de PMA heteróloga ou através do recurso à gestação de substituição o conhecimento da sua ascendência genética e/ou da identidade da mulher que a deu à luz, explana o TC que “de uma eventual declaração de inconstitucionalidade

²²⁶ Este artigo, que trata da dispensa de instauração da averiguação oficiosa da paternidade relativamente a uma criança nascida de uma mulher solteira que recorreu às técnicas de PMA para engravidar, não foi julgado inconstitucional: “com efeito, quando uma mulher recorra às técnicas de PMA sozinha, isto é, não enquanto membro de um casal de pessoas casadas entre si ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, de acordo com a lei em apreço, a sua gravidez só se torna possível mediante a utilização de gametas masculinos doados. Poderá também recorrer à doação de embriões, mas, em qualquer caso, o esperma inevitavelmente necessário para gerar um filho pertencerá a um terceiro, que a ela não se encontre unido, de facto ou pelo casamento. Cria-se, assim, através do recurso à ciência, uma família voluntariamente monoparental, *ab initio*. Assim sendo, afigura-se como inteiramente desprovida de sentido a averiguação oficiosa da paternidade, uma vez que, ainda que pudesse ser conhecida a identidade do dador, este não poderia ser tido como progenitor da criança nascida.”.

deverá resultar a eliminação da obrigação de sigilo absoluto constante do n.º 1 do artigo 15.º, relativamente a quem nasceu em consequência de processos de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição – e, desse modo, afastando também a impossibilidade absoluta de acesso à identidade da gestante de substituição por parte da pessoa nascida com recurso à gestação de substituição –, e a consequente eliminação da necessidade de apresentação de «razões ponderosas» para que o interessado possa ter acesso à identidade dos dadores atualmente prevista no n.º 4 daquele preceito. Verificando-se aquela eventualidade, será conveniente uma intervenção legislativa destinada não apenas a eliminar as contradições sistémicas que podem resultar da combinação da permanência em vigor do artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mas também a regular os termos em que os interessados poderão aceder às informações necessárias ao conhecimento das suas origens.”

Ora, depois de serem apreciados os interesses fundamentais em conflito, relativamente ao casal beneficiário, ao doador e gestante de substituição, e à pessoa nascida por estas técnicas em conhecer a sua história e a sua identidade, analisando o problema no panorama internacional, no direito comparado e recorrendo à doutrina nacional, aos pareceres do CNECV e à jurisprudência do próprio TC, vem o TC apreciar os vários fundamentos invocados pelos requerentes, determinando que a regra do anonimato dos dadores de gâmetas não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que “não só inexistente qualquer instrumentalização degradante, como não decorre das normas questionadas uma compressão total do direito à identidade pessoal, que, anulando o seu conteúdo essencial, comportaria, necessariamente, uma intolerável violação da dignidade da pessoa humana”.

Por outro lado, existe sim, no entendimento do Tribunal, um conflito evidente entre o anonimato e o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade. Para justificar tal posição, o Tribunal começa por definir o direito à identidade pessoal como o direito que abrange “não apenas o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, enquanto direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, que poderá fundamentar, por exemplo, um direito à investigação da paternidade ou da maternidade, por forma a que todos os indivíduos tenham a possibilidade de estabelecer o seu próprio vínculo de filiação”, e conecta-o com diferentes dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade, nomeadamente “no que se refere à formação livre da personalidade ou

liberdade de ação como «sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória», sem submissão a planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade, e à proteção da integridade da pessoa, vista como garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento, ou seja, «proteção da liberdade de exteriorização da personalidade» Com efeito, ambas as dimensões assentam na individualidade da pessoa, assegurando-lhe um espaço para a sua dinamização, seja enquanto aprofundamento da consciência de si e autoafirmação, seja na sua relação com os outros”.

Ora, se no Acórdão n.º 101/2009, relativamente aos direitos mencionados e aos direitos que assistem ao casal beneficiário e aos doadores, foi atribuído um peso significativo aos direitos destes últimos sujeitos, vem agora o tribunal afirmar que “no tocante às relações entre pais e filhos, à medida que os segundos se tornam mais autónomos até atingirem a idade de adultos, vai diminuindo a importância de um qualquer interesse dos primeiros na ocultação das circunstâncias em que aqueles foram concebidos. Aliás, a partir do momento em que o filho saiba ou tenha a suspeita de que nasceu em consequência de processos de PMA heteróloga e forme a vontade de clarificar as suas origens genéticas, a oposição dos pais a tal intenção é que poderá ameaçar a estabilidade dos laços afetivos entre estes e aqueles”.

“Tendo conhecimento de ter nascido na sequência da utilização de técnicas de PMA heteróloga, não se vislumbra por que razão tal pessoa, já adulta, deva ficar menos ligada afetivamente aos seus pais jurídicos, a partir do momento em que também conheça a identidade dos dadores de gâmetas que foram essenciais para a formação da sua identidade genética. E mesmo que tal crise das relações afetivas ocorra, também não se vê porque há-de o Estado interferir nela, privilegiando os pais que recorreram à PMA heteróloga em detrimento, do direito dos filhos nascidos na sequência da utilização de tais técnicas ao conhecimento da sua ascendência genética, e que, pretendendo exercê-lo por razões que se prendem com a sua própria auto-compreensão, a autodefinição da sua identidade e o desejo de conhecer a sua verdade biográfica, busca as origens do seu ser, a fim de «encontrar pontos de referência seguros de natureza genética, somática, afetiva ou fisiológica»”.

Fazendo ainda menção à diferença entre conhecimento da identidade dos dadores e reconhecimento de uma relação de filiação e que o argumento do risco de diminuição do número de dadores não pode valer, por motivos aliás, já anteriormente referidos, conclui o tribunal que “de um tempo em que o segredo sobre as origens se considerava justificado

e até desejável, passou-se a um quadro concetual que promove a transparência nas relações humanas, incluindo as relações familiares. Por toda a Europa se assiste a um progressivo reconhecimento, em termos amplos, do direito a aceder aos dados sobre a própria origem, incluindo a identidade dos dadores, como decorrência necessária da proteção constitucional conferida ao direito à identidade e à historicidade pessoal”.

Por fim, o tribunal afirma, à semelhança do que já foi defendido neste trabalho, que “as considerações que antecedem valem, no essencial, igualmente para a questão do conhecimento da identidade da gestante de substituição: esta, apesar de dar à luz a criança, não é tida como sua mãe (artigo 8.º, n.º 7, da LPMA). Mas, por outro lado, atenta a natureza da relação intrauterina e a sua importância constitutiva para a futura criança, a gestante de substituição pode tornar-se – e a probabilidade de que tal aconteça será tanto maior, quanto mais próxima for a sua relação com o casal beneficiário – um ponto de referência relevante no «itinerário biográfico» daquela. Com efeito, a gestação é uma vivência pessoal diferenciadora, pelo que é compreensível a pretensão de conhecer a identidade de quem a suportou, por razões análogas às que fundamentam a pretensão do conhecimento das origens genéticas.”

Assim, e tomando em consideração as correntes atuais relativas a importância do conhecimento das próprias origens, conclui o tribunal que o regime do anonimato é claramente afrontador dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, o que justifica que tenha vindo a julgar esse regime inconstitucional, ainda que nove anos antes não o tenha feito.

4.4. A situação após a sentença do Tribunal Constitucional

4.4.1. Consequências práticas do Acórdão n.º 225/2018

Após a declaração de inconstitucionalidade da gestação de substituição e do anonimato dos dadores de gâmetas, ficou-se numa situação de vazio legislativo, com a agravante de procedimentos já iniciados terem de ser interrompidos, num verdadeiro cenário de urgência a pedir por uma lei transitória. Na verdade, o acórdão nem acautelou

as situações dos doadores que fizeram as doações sob o véu do anonimato, já que apenas limitou efeitos nas situações de contratos já celebrados de gestações de substituição.

O CNPMA teve um papel importantíssimo, ao fazer um comunicado de imprensa, a 27 de abril de 2018, expondo as suas preocupações com as consequências práticas imediatas que o acórdão do TC, nos termos em que decidiu, implicou, nomeadamente no respeitante ao regime de confidencialidade dos dadores que, até aí, vigorava. A título de exemplo e por serem as matérias mais alarmantes, chamou a atenção para as dúvidas e reservas relativamente ao que fazer em relação aos tratamentos já em curso, e relativamente embriões e gâmetas sexuais criopreservados, produzidos ou doados sob o véu do anonimato, e que destino dar aos mesmos, chamando também a atenção para a necessidade de compatibilizar o direito das pessoas nascidas com recurso à procriação heteróloga e o direito dos dadores em manterem sigilo relativamente à sua identidade civil, direito esse consagrado anteriormente. Chamou-se, também, a atenção para as possíveis reduções de dadores perante um regime de não anonimato. Através deste comunicado, o CNPMA sugeriu aos Centros de PMA que contactassem os doadores no sentido de saber se, não estando garantido o sigilo relativamente à sua identidade, permitiriam a utilização de embriões ou gametas já doados ou se voltariam a doar, sugerindo também que se contactassem os beneficiários no sentido de saber se desejariam realizar os procedimentos sem o véu do anonimato dos terceiros²²⁷.

De facto, foram inúmeros os casos relatados e que vieram parar à comunicação social de pessoas e casais que, recorrendo à PMA através de gâmetas doados por terceiros, viram os seus tratamentos interrompidos ou suspensos, porque o material genético usado era de um dador anónimo e que assim se queria manter, muitos dos casos depois de dinheiro investido (quando se tratava de tratamentos feitos em clínicas privadas), medicação tomada, e casos-limite em que as mulheres estariam a atingir a idade limite para iniciarem os tratamentos²²⁸. Por a decisão não ter tido uma limitação de efeitos no que respeitava à PMA heteróloga, afetando o estatuto dos doadores anónimos, todos os tratamentos

²²⁷ Comunicado disponível em: http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_COM27ABR2018.pdf (consultado a 15/05/2019)

²²⁸ Num artigo do Jornal Público, de 3 de fevereiro de 2019, é tido em conta o testemunho de duas beneficiárias das técnicas, que se viram diretamente afetadas pela decisão do TC. Artigo disponível em: <https://www.publico.pt/2019/02/03/sociedade/noticia/vidas-congeladas-familias-suspensas-1860151> (consultado a 15/05/2019).

envolvendo gâmetas de terceiros ficaram em suspenso, tirando os casos em que os doadores autorizavam o levantamento do anonimato. Criou-se, assim, um clima de insegurança jurídica e de vazio legislativo, tudo questões que exigiam um tratamento urgente da matéria em sede da Assembleia da República.

4.4.2. A discussão legislativa

O partido Bloco de Esquerda foi o primeiro a entregar, no Parlamento, um projeto de alteração à lei²²⁹, propondo que todas as pessoas nascidas por PMA heteróloga, com idade igual ou superior a 16 anos, pudessem, se assim o quisessem, aceder a informação de natureza genética, excluindo a identificação do dador, junto dos centros de PMA em que os procedimentos tinham sido realizados, ou apresentar pedido junto ao CNPMA para conhecer a identidade civil do dador ou gestante de substituição. De resto, continuaria a vale o dever de sigilo que já valia para todos os que tomassem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, e o facto do assento de nascimento não poderia conter a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Tem-se ainda em conta neste projeto as doações de gâmetas realizadas antes da decisão constitucional prevendo, assim, uma norma transitória, garantindo a confidencialidade da identidade do dador de gâmetas e embriões, doados ou resultantes de doações feitas em data anterior a 24 de abril de 2018, e desde que utilizados num prazo máximo de 5 anos, valendo, em tudo o resto, o regime do antigo artigo 15.º/1-4, pois, como explicam na exposição de motivos, uma alteração retroativa do regime de anonimato consubstanciaria uma violação da segurança jurídica e das expectativas e dos direitos dos dadores, e também dos beneficiários, que deram o seu consentimento informado para doações de gametas anónimas, para além de significarem a destruição de milhares de embriões e gâmetas e a interrupção de ciclos de tratamento.

²²⁹ O projeto de lei 1007/XIII, intitulado de “Acesso à identidade civil de dadores de gâmetas por pessoas nascidas em consequência de tratamentos ou procedimentos de procriação medicamente assistida e criação de uma norma transitória para dâdivas anteriores a 24 de abril de 2018 (quinta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, deu entrada no Parlamento no dia 3 de outubro de 2018, e encontra-se disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441774e79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pj11007-XIII.doc&Inline=true> (consultado a 15/05/2018).

Mais quatro Projetos de Lei viriam a ser apresentados relativamente a este tema, dos partidos PS²³⁰, PSD²³¹, PAN²³² e PCP²³³, que viriam a tutelar exatamente as mesmas situações, ou seja, o reconhecimento do direito das pessoas nascidas em sequência de recurso a técnicas de procriação medicamente assistida com dação de gâmetas a conhecer a identidade desses sujeitos, se for essa a sua vontade, e a criação de regimes transitórios que protejam a confidencialidade dos doadores de gametas ou de embriões, doados ou criados com gâmetas doados antes da decisão do tribunal constitucional, (no caso do PCP e PSD, relativamente a doações realizadas até ao dia 7 de maio de 2018), exceto no caso em que os doadores permitam expressamente a revelação da identidade.

É de salientar, no entanto, uma diferença flagrante relativamente a estes projetos de lei e ao apresentado pelo BE: a não consagração de igual direito a conhecer a gestante de substituição, situação tutelada no projeto de lei do BE, mas não nos restantes. Aliás, o BE

²³⁰ O projeto de lei 1024/XIII, intitulado 5.ª alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida) – Adequa o regime de confidencialidade dos dadores ao disposto no Acórdão n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018, do Tribunal Constitucional, deu entrada no Parlamento no dia 26 de outubro de 2018, e encontra-se disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441794e43315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1024-XIII.doc&Inline=true> (consultado a 15/05/2018).

²³¹ O Projeto de Lei 1010/XIII intitulado “Regime de acesso à informação sobre a identificação civil dos dadores no âmbito dos processos de Procriação Medicamente Assistida”, deu entrada no Parlamento a 5 de outubro de 2018, e encontra-se disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441784d43315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1010-XIII.doc&Inline=true> (consultado a 15/05/2018).

²³² O Projeto de Lei 1033/XIII, intitulado Proceda à quinta alteração à Lei n.º 32/2006 de 26 de junho, permitindo o acesso da identidade do dador de gâmetas ou embriões por pessoas nascidas em consequência de processos de Procriação Medicamente Assistida, deu entrada no Parlamento a 3 de dezembro de 2018, e encontra-se disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d54417a4d79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1033-XIII.doc&Inline=true> (consultado a 15/05/2018).

²³³ O projeto de Lei 1031/XII, intitulado de Estabelece o regime de confidencialidade nos tratamentos de procriação medicamente assistida (5ª alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida), deu entrada no Parlamento a 29 de novembro de 2018, e encontra-se disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d54417a4d53315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1031-XIII.doc&Inline=true> (consultado a 15/05/2018).

apresentou ainda um outro Projeto de Lei, relativo à Gestação de Substituiç o²³⁴, que tendo em conta a constitucionalidade do modelo de gestação de substituição existente em Portugal, apenas veio propor algumas alterações, em conformidade com o acórdão do TC, no respeitante   revogabilidade do consentimento da gestante,   nulidade do negócio jurídico e   determinabilidade quanto ao contrato. Assim, o projeto de lei vai no sentido de a gestante poder revogar o seu consentimento até ao momento de registo da criança nascida da gestação de substituição, estabelecendo-se, no entanto, que a criança que nascer é tida como filha dos respetivos beneficiários, eliminando, por outro lado, o regime de nulidade, sem prejuízo da manutenção das punições previstas para contratos de substituição oneroso ou fora dos casos previstos, estabelecendo-se, ainda, o que deve ou não ser estipulado em sede do contrato a celebrar entre as partes, através do aditamento de dois artigos respeitantes aos direitos e deveres da gestante de substituição.

Ora, a 6 de dezembro de 2018, foram debatidos e votados na generalidade estes seis projetos de lei na Assembleia da República, o que culminou na aprovação dos cinco projetos de lei relativos à PMA, com o voto contra do CDS-PP, baixando   Comissão Parlamentar de Saúde. Relativamente ao projeto de lei sobre a gestação de substituição, foi votado, em requerimento, para baixar   comissão de saúde, sem votação, por um período de 45 dias, tendo tal proposta sido aprovada por unanimidade.

A comissão formou, então, um grupo de trabalho para analisar as iniciativas na especialidade, levando a cabo um conjunto de audições ao CNPMA,   APF, ao CNECV, a Miguel Oliveira da Silva, e recorrendo ainda ao Parecer Sobre A Alteração Ao Regime Jurídico Da Gestação De Substituiç o²³⁵, tendo aprovado, no dia 24 de abril de 2019, o texto final do projeto de lei, que além de tutelar o direito ao conhecimento da identidade do dador (tendo ficado de fora a questão do conhecimento da identidade da gestante), estabelece um período de transição de cinco anos para os embriões e de três anos para os gâmetas, doados até 7 de Maio de 2018, período no qual os doadores, se assim o quiserem,

²³⁴ O projeto de Lei 1030/XIII, intitulado de Alteração ao Regime Jurídico da Gestação de Substituição (quinta alteração   Lei n.é 32/2006, de 26 de julho), que deu entrada no Parlamento a 27 de novembro de 2018, e que se encontra disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d54417a4d43315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1030-XIII.doc&Inline=true> (consultado a 15/05/2018).

²³⁵ O que é de aplaudir, pois entende-se que um jurista não pode ter um monopólio de decisão em matérias com tantas implicações biológicas, psíquicas, apenas devidamente analisadas e compreendidas por profissionais da área.

poderão ficar no anonimato²³⁶. É necessária agora a aprovação do projeto de lei em plenário, a promulgação pelo PR e a sua publicação no Diário da República.

Este compromisso parece ser, de facto, a solução mais justa. Com a promulgação da lei, é efetiva a salvaguarda dos direitos dos doadores e dos beneficiários que, respetivamente, doaram e recorreram a gâmetas doados com a garantia do anonimato, garantindo-se, ao mesmo tempo, que os processos de PMA que estavam suspensos sejam retomados e que se possam iniciar os que ainda estavam por o fazer. O mesmo juízo deveria ter feito relativamente à gestação de substituição, na medida em que persiste um vazio legislativo relativamente a este procedimento, o que impede que os procedimentos que já tinham sido autorizados pelo CNPMA, possam continuar.

Relativamente à prossecução dos tratamentos com recurso a novas doações, veremos, com o tempo, se, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, se assistirá a uma mudança de perfil dos doadores e ao aumento dos mesmos²³⁷. Para já, são importantes as campanhas de sensibilização e de informação, como as levadas a cabo pela Sociedade Portuguesa de Medicina de Reprodução²³⁸.

²³⁶ O relatório de discussão e votação encontra-se disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c3255325932526d597a42694c544177595749744e446335597930344e7a6c6a4c545a685a544d334e546b7a4f546b35596935775a47593d&fich=e6cdfc0b-00ab-479c-879c-6ae37593999b.pdf&Inline=true> (consultado a 15/05/2019)

O texto final encontra-se disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a41354d7a6b795a6d517a4c544d774e6a59744e4449794d6930344d325a6d4c5749344d44417a595755304e444d344d6935775a47593d&fich=09392fd3-3066-4222-83ff-b8003ae44382.pdf&Inline=true> (consultado a 15/05/2019)

²³⁷ Margarida Silva Pereira afirma que “pode acontecer que as doações de material genético retrocedam numa primeira fase, e assim, os processos de inseminação com sémen de terceiro; mas, ainda que assim aconteça – e corresponde à experiência de outros países que abriram igualmente a desvenda do dador de gametas – o movimento em questão refletiria, afinal, a menor ponderação com que as decisões de anonimato e de procriação possam ser tomadas em muitos casos. Traria verdade ao problema, o que não pode considerar-se um retrocesso, em matéria que implica direitos fundamentais. Também é certo que experiências de outros países levam a concluir que o retrocesso das doações se circunscreve a um período de tempo curto. E logo de seguida, elas retomam, em clima de inequívocidade e coragem.” (PEREIRA, **Maria Margarida Silva**. Direito da Família. AAFDL Editora, 2018, pp.798-799).

²³⁸ Mais informações em: <https://www.spmr.pt/11-novidades/515-apresentacao-da-campanha-da-vida-a-esperanca2> (consultado a 15/05/2019).

Reflexões finais

Como se observou ao longo deste trabalho, a questão do conhecimento das origens, no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida heterólogas e da gestação de substituição, tem ganho um novo alento nos vários ordenamentos jurídicos.

A consagração das técnicas heterólogas, num primeiro momento, foi vista com bastante desconfiança e receios, sobretudo devido à ingerência de um terceiro no processo reprodutivo. Mas, em muitas situações, era a única forma de combater a infertilidade dos casais, pelo que começou, paulatinamente, a ser aceite. Relativamente à gestação de substituição, a contribuição da gestante para a criação de um novo ser é, evidentemente, maior do que a simples dádica de material genético, daí que seja uma prática que ainda muitas dúvidas levanta, sendo que os ordenamentos jurídicos, tendencialmente, tendem a proibir a prática deste negócio jurídico. No entanto, em Portugal, a gestação de substituição passou a ser permitida, com o advento da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, pelo que a questão do conhecimento da identidade da gestante, pela pessoa gerada por esse meio, ganha também uma nova relevância.

O ponto de partida deste foi a análise da infertilidade e de como a procriação medicamente assistida veio ajudar a combater esse problema intemporal.

Dedicou-se, depois, um capítulo do presente trabalho para a análise do direito ao conhecimento das origens, direito que é reconhecido, a nível internacional, por força de várias recomendações e diplomas de órgãos internacionais, bem como por jurisprudência internacional, através de vários acórdãos do TEDH. Está em causa um direito com várias manifestações e que, na verdade, foi mais densificado no instituto da adoção e na defesa do direito do adotado em conhecer a identidade dos pais biológicos. No entanto, a sua convocação para o campo da procriação heteróloga e da gestação de substituição não é, de todo, estranha, facto que é aliás comprovado pela fundamentação constitucional que se fez de seguida, mobilizando preceitos constitucionais que demonstram a existência deste direito no campo da reprodução assistida, com especial enfoque no direito à identidade pessoal e à identidade genética e o direito ao desenvolvimento da personalidade.

De seguida, analisaram-se os vários modelos de anonimato possíveis, distinguindo entre anonimato absoluto, anonimato mitigado, os “*double track systems*” e, por fim, os

sistemas de revelação. Feita esta análise sucinta, fez-se um desenvolvido estudo de Direito Comparado, de países com sistemas de anonimato e países que permitem a revelação da identidade daqueles sujeitos. A análise que se fez a esse primeiro grupo de países foi interessante pois permitiu concluir que mesmo nesses países tem havido uma mudança de posição, especificamente na França, em que o Comité Nacional de Ética levou a cabo uma consulta pública e se posicionou a favor do levantamento do anonimato dos futuros doadores. Relativamente ao segundo grupo, focou-se nos casos do Reino Unido, da Alemanha e da Suíça, analisando os seus percursos legislativos até à abolição do anonimato dos doadores de gametas. De seguida, analisou-se, ainda, o artigo 15.º, vigente até à declaração de inconstitucionalidade do Acórdão n.º 225/2018.

Por fim, e tendo em conta as pistas dadas pela análise de Direito Comparado feita anteriormente, concluiu-se que se está perante uma mudança, a nível europeu e mundial, da compreensão da questão do anonimato. Assim, pondo em confronto os direitos e interesses de que são titulares, por um lado, os casais beneficiários dos tratamentos, os doadores e as gestantes e, por outro lado, a pessoa concebida por estes meios, concluiu-se que os argumentos a favor do anonimato perderam grande parte da sua força, com a apresentação das razões que contribuíram para uma mudança nesse sentido. Por um lado, a preeminência do direito ao conhecimento das origens fundou-se, em primeiro lugar, em interesses relacionados com a saúde e com a peso que a medicina preventiva ganhou, sendo também aquele direito, essencial para a construção de uma identidade própria e compreensão da história pessoal. Por outro lado, mostrou-se também de que forma os novos modelos familiares, baseados no afeto, na igualdade e na verdade, e a separação entre as diferentes formas de filiação, tornaram, mais do que nunca, o direito ao conhecimento das origens como essencial para dignificar os novos modelos familiares que se afastam da conexão biológica e para tutelar a existência de relações familiares estáveis e saudáveis.

Estes e outros fatores foram determinantes para o a decisão do Acórdão do TC n.º 225/2018 que, ao determinar a inconstitucionalidade do regime do anonimato no sistema jurídico português, teve um juízo totalmente oposto ao decidido no Acórdão n.º 101/2009. Assim, estes dois acórdãos foram objeto de análise, no último capítulo, principalmente o mais recente, que decidindo por fim ao regime do anonimato, acabou por afetar, de forma transversal, a Lei n.º 32/2006, de 26 de junho, pois com o fim do anonimato todos os centros de procriação medicamente assistida tiveram de suspender os tratamentos

heterólogos, inclusive os que já estavam em curso, para perceberem as implicações da decisão, já que não se tutelou, expressamente, a posição dos antigos doadores e gestantes quando o regime vigente era o anonimato. Esta situação exigiu uma rápida resposta da Assembleia da República, tendo sido objeto de análise, de forma sucinta, os vários projetos de lei apresentados pelos partidos políticos e o debate e os procedimentos levados a cabo até à aprovação do texto final do projeto de lei que, para além de tutelar o direito ao conhecimento da identidade do dador (tendo ficado de fora a questão do conhecimento da identidade da gestante que, porventura, será analisada quando voltar a ser discutido na Assembleia da República o regime da gestação de substituição), estabelece ainda um período de transição de cinco anos para os embriões e de três anos para os gâmetas, doados até 7 de Maio de 2018, período no qual os doadores, se assim o quiserem, poderão ficar no anonimato.

Conclui-se, assim, que esta é uma matéria que ainda divide a doutrina, estrangeira e nacional, mas que a justa ponderação dos direitos e interesses em causa pende para a valorização dos interesses da pessoa concebida mediante aqueles processos e, em particular, do direito que lhe assiste em conhecer as suas origens, atentas as mutações a que se assistiu na reprodução humana, nos modelos familiares e nas formas de filiação.

Referências Bibliográficas

AMORÓS, Esther Farnós. Donor anonymity, or the right to know one's origins?. *Catalan Social Sciences Review*. n.º 5, 2015, pp. 1-11. Disponível em: <https://publicacions.iec.cat/repository/pdf/00000223%5C00000008.pdf> (consultado a 15/05/2019).

ARAÚJO, Fernando. *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*. Coimbra, Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira

_____.Direito e Bioética. *Direito da saúde e Bioética*. Lex, 1991.

_____.Procriação assistida e Direito. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Almedina, 1998, pp. 645-676.

_____.*A lei n.º 32/2006 sobre a Procriação Medicamente Assistida*. 2007.

Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/> (consultado em 15/05/2019)

_____.A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*. Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp. 37-58.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Património Genético*. Almedina, Coimbra, 1998.

BLYTH, Eric. Donor assisted conception and donor offspring rights to genetic origins information. *The international journal of children's rights*, vol. 6, n.º 3, 1998, pp. 237-253.

BLYTHE, Eric, FARAND, Abigail. Anonymity in donor-assisted conception and the UN Convention on the Rights of the Child. *The international journal of children's rights*, vol.12, n.º 2, 2004, pp. 89-104.

BLYTH, Eric, FRITH, Lucy, JONES, Caroline, SPEIRS, Jennifer. The Role of Birth Certificates in Relation to Access to Biographical and Genetic History in Donor Conception. *International Journal of Children's Rights*, vol. 17, n.º 2, 2009, pp. 207-233.

BRAUNER, Maria-Claudia Crespo. L'adaptation de la protection de l'intégrité corporelle au développement des sciences biomédicales: perspectives en droit brésilien.

La non-patrimonialité du corps humain: du principe à la réalité. Panorama international, 1ª ed., Bruylant, 2017, pp. 279-292.

CAHN, Naomi. The new “ART” of family: connecting assisted reproductive technologies & identity rights. *University of Illinois Law Review*, n.º 4, 2018, pp. 1443-1470.

CAHN, Naomi, KRAMER, Wendy. *The birth of donor offspring in the USA?*. 2011, Disponível em: https://www.bionews.org.uk/page_93035 (consultado a 15/05/2019).

CAMPOS, Diogo Leite. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. III, 2006, Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-onnipotencia-do-sujeito/> (consultado a 15/05/2019).

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE. *Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019*. Parecer disponível em: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/avis_129_vf.pdf (consultado a 15/05/2019).

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME. *Documento sulle problematiche relative alla fecondazione eterologa a seguito della sentenza della corte costituzionale nr. 162/2014*. Disponível em: <http://www.aiopcampania.it/public/normativa/Allegato%20sub%20A%20-%20Conferenza%20Regioni%20e%20Province%20Autonome%20%20rep.Atti%20n.%2014.109.CR02C7SAN%20del%2004.09.2014.pdf> (consultado a 15/05/2019).

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA

Relatório-Parecer do CNECV sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93). 1993. Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf (consultado a 15/05/2019).

Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 6/XIII (1ª) PS, 29/XIII (1ª) PAN, 36/XIII (1ª) BE e 51/XIII (1ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS). 2006. Disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf (consultado a 15/05/2019).

Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. 2012. Disponível em: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf> (consultado a 15/05/2019).

CORRÊA, Marilena C. D. Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. *Revista Bioética*, vol. 9, n.º 2, 2001, pp. 71-82. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246 (consultado a 15/05/2019).

D'AVACK, Lorenzo

_____. Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 41, n.º 2, 2012, pp. 815-836.

_____. Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare. *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. 43, n.º 3, 2014, pp. 1005-1017.

DEECH, Ruth. The HFEA - 10 years on. *The regulation of assisted reproductive technology*, Ashgate Publishing Company, 2003, pp. 21-38.

DUARTE, Tiago. *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei.* Coimbra, Almedina, 2003.

ETHICS COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE. *Informing offspring of their conception by gamete or embryo donation: an Ethics Committee opinion.* Birmingham, Alabama, 2018. Disponível em: <https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/informing-offspring-of-their-conception-by-gamete-or-embryo-donation.pdf> (consultado a 15/05/2019).

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. La GPA, ou comment rendre juridiquement disponibles les corps des êtres humains par l'élimination de la question. *La non-patrimonialité du corps humain: du principe à la réalité. Panorama international.* 1ª ed., Bruylant, 2017, pp. 365-382.

FRITH, Lucy, BLYTH, Eric. Assisted reproductive technology in the USA: is more regulation needed?. *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 29, n.º 4, 2014, pp. 516-523. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S147264831400368X?token=447D21E8054659FD2D43889FD7DBF400F2C3071BDA887DE9DA826DEB409E1689394B074E0B2C5F46EC273CC7A0244719> (consultado a 15/05/2019).

GUNNING, Jennifer. Regulating ART in the USA: a mixed approach. *The regulation of assisted reproductive technology*, Ashgate Publishing Company, 2003, pp. 55-66.

GONZALEZ, Ana Cecilia. Heterologous assisted reproductive techniques: the right to know the origin. Legislation versus subjectivity?. *Acta bioeth.*, vol. 22, n.º 2, pp. 221-227. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/abioeth/v22n2/art09.pdf> (consultado a 15/05/19).

HERNANDEZ, Francisco Rivero. La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico: de la S.T.C. 116/1999, de 17 de Junio, al affaire Odièvre. *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n.º 2, março-abril de 2004, pp. 329-362.

HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY. *Trends in egg and sperm donation*. 2019. Disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/media/2808/trends-in-egg-and-sperm-donation-final.pdf> (consultado a 15/06/2016).

IDIAKEZ, Itziar Alkorta, AMORÓS, Esther Farnós. Anonimato del Donante y Derecho a Conocer: un Difícil Equilibrio. *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, n.º 1, 2017, pp. 148-178. Disponível em: <http://opo.ijsj.net/index.php/osls/article/viewFile/676/984> (consultado a 15/05/2019).

IMRIE, Susan, JADVA, Vasanti. The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements. *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 29, n.º 4, 2014, pp. 424-435. Disponível em: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1472648314003538?token=5189368B928B5686DC66FE18E2C8E09E1EAA32B03DDA6567E1574D8BC06550BAF81CC87011B82E52AF0249CA10BEF660> (consultado a 15/05/2019).

LOUREIRO, João,

_____. O direito à identidade genética do ser humano. *Portugal-Brasil ano 2000, Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2000, pp. 263-389.

_____. Filho(s) de um gameta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga. *Revista Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, 2006, pp. 5-48.

MALTA, João Paulo. Procriação medicamente assistida heteróloga. *Estudos de Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, 2009, pp. 121-129.

MANAÏ, Dominique. Gratuité et non-commercialisation du corps humain en droit Suisse: des valeurs relatives. *La non-patrimonialité du corps humain: du principe à la réalité. Panorama international*, 1ª ed., Bruylant, 2017, pp. 169-182.

MENDES, João de Castro e SOUSA, Miguel Teixeira de. *Direito da Família*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

MCGEE, Glenn, BRAKMAN, Sarah-Vaughan, D.GURMANKIN, Andrea. Disclosure to children conceived with donor gametes should not be optional. *Human Reproduction*, vol. 16, n.º 10, 2001, pp. 2033-2038. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/242386720_Disclosure_to_children_conceived_with_donor_gametes_should_not_be_optional (consultado a 15/05/2019).

MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, 1ª ed., vol. 1, Almedina, 2016, pp. 731-752.

NANCLARES, Javier. Las técnicas de reproducción asistida en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de Mayo de 2006, n. 14, con relación a la Ley italiana de 19 de Febrero de 2004 n. 40. *Il diritto di famiglia e delle persone*, ano 36, n.º 2, 2007, pp. 846-901.

OLIVEIRA, Guilherme de

_____. *Mãe há só (uma) Duas!*. Coimbra Editora, 1992.

_____. Legislar sobre a procriação assistida. *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro de 1991)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, pp. 73-97.

_____. Sobre a verdade e a ficção no direito da família. *Temas de Direito da Família*, 2ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2001, pp. 5-16.

_____. *Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006.

_____. Medicina preventiva: será assim tão diferente da.. medicina?. *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de direito da saúde*, ano 5, n.º 10, 2008, pp. 5-13.

_____. *Estabelecimento da Filiação*. Petrony Editora, 2019.

ORFALI, Kristina. Le corps et l'argent aux USA: la loi du marché et ses exceptions. *La non-patrimonialité du corps humain: du principe à la réalité. Panorama international*, 1ª ed., Bruylant, 2017, pp. 257-278.

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da Bioética*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 1999.

PAIVA, Rosa Alcymar. *O direito ao conhecimento da origem genética nos casos e reprodução medicamente assistida heteróloga*. Tese de Mestrado em Estudos em Direito com Menção em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/44812> (consultado a 15/05/2019).

PEREIRA, Maria Margarida Silva

_____. *Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição*”. Julgar Online, janeiro de 2017. Disponível em: <http://julgar.pt/uma-gestacao-inconstitucional-o-descaminho-da-lei-da-gestacao-de-substituicao-2/> (consultado a 15/05/2019).

_____. Gerar uma criança para outros: do ghetto e do gineceu à afirmação da igualdade de género e dos direitos das crianças. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 4, n.º 3, 2018, pp. 1585-1616.

Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/4a444d713416/> (consultado a 15/05/2019).

_____. *Direito da Família*. AAFDL Editora. 2018.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. AAFDL Editora, 6ª Edição, 2018.

PENNINGS, Guido. The “double track” policy for donor anonymity. *Human Reproduction*, vol. 12, n.º 12, 1997, pp. 2839-2844. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b267/0d65fc74b78b11783ea7a60be63d1fbd4755.pdf> (consultado a 15/05/2019).

PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *Portugal-Brasil ano 2000, Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 2000, pp. 149-246.

RAPOSO, Vera Lúcia

_____. *De Mãe para Mãe, Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra Editora, 2005.

_____. Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder). *Revista do Ministério Público*, ano 38, n.º 149, Lisboa, 2017, pp 9-51.

RAVITSKY, Vardit. Autonomous choice and the right to know one’s genetic origins. *The Hasting Center Report*, vol. 44, n.º 2, 2014, pp. 36-37. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hast.286> (consultado a 15/05/2019).

REIS, Rafael Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra Editora, 2008.

SANTOS, Carlos Alberto O. S. dos. *A prova em acções de estabelecimento da filiação*. Relatório de Mestrado para a cadeira de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

SHENFIELD, F., STEELE, S. J. What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation?. *Human Reproduction*, vol. 12, n.º 2, 1997, pp. 392-395. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9070734> (consultado a 15/05/2019).

SILVA, Miguel Oliveira da. Relatório sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição. Março de 2012. Disponível em:

<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1.pdf> (consultado a 15/05/2019).

SILVA, Paula Martinho da e COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e Legislação Complementar)*. Coimbra Editora, 2011.

VARELA, J. M. Antunes. A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 15, Rio de Janeiro, 1993, pp. 1-35.

WARNOCK, Mary. *Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology*. Disponível em:

https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (consultado a 15/05/2019).

WHO, *Guidelines on ethical issues in medical genetics and the provision of genetic services*. Disponível em:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/62048/WHO_HDP_GL_ETH_95.1_%28part1%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consultado a 15/05/2019).

Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 23/2006, de 10 de janeiro de 2006, publicado em Diário da República n.º 28/2006, Série I-A de 8 de fevereiro de 2006, disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/554128>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 101/2009, de 3 de março de 2009, Publicado em Diário da República, n.º 64, Série II, a 1 de abril de 2009, p.12452-12472, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/1143211/details/maximized>.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018, Publicado em Diário da República, n.º 87/2018, Série I, de 7 de Maio de 2019, pp. 1885-1979, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.